القطعة ثالثه من شرح الكنز

حقايق

الثالث من تبيين الحقايق

كنز الدقائق
للامام العالم العلامة
فخر الدين عثمان
سقى الله ثراه رحمته

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الاعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين
السلطان بن السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفا صحيحا
شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم واستفاد اعظم الله تعالى
اجره يوم التناد حرره الفقير احمد شيخ زاده المفتش باوقاف
الحرمين الشريفين عفي عنهما

بسم الله الرحمن الرحيم • وهو حسبي • وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم

كتاب الحدود

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ
الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشيء ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات
الخاصة حدودا لانها موانع من ارتكاب اسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوع
عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله ايضا احكامه لانها تمنع من التخطي الى
وراها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا
لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه الاصلي
الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا لله تعالى
لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليس بحكم اصلي لانها
تحصل بالتوبة لا باقامة الحد الا ترى الى قوله تعالى في حق قطاع الطريق ذلك لهم خزي
في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا الاية وعد المغفرة للتائب ولهذا يقام
الحد على الكافر ولا طهرة له **قال** رحمه الله الحد عقوبة مقدرة لله تعالى
وهذا في الشرع وقد بيناه **قال** رحمه الله والزنا والوطء من قبل خال
من ملك وشبهته يعني به الزنا الموجب للحد ويشترط ان تكون الموطوءة مشتهاة والواطئ مكلفا
طايعا ولو قال الزنا وطء مكلف من قبل المشتهاة عار عن ملكه وشبهته عن طوع كان اتم ليخرج
بذلك وطء غير المكلف كالمجنون والصبي ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التي لا تبلغ الحد حدا
تشتهى والميتة والبهايم لان كل ذلك لا يوجب الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل
محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهة الملك ولهذا وجب الحد بها شرعا
والحد شرع لتقليل الفساد فيما يكثر وجوده ووطء هذه الاشياء نادر لان من له الطباع السليمة
والعقول المستقيمة تنفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر
فلا يستدعي زاجرا وهذا لان الاصل في الجزاء ان يكون في الاخرة لا في الدنيا لانها دار الابتلاء
والاخرة دار الجزاء لكن السفهاء لم ينتهوا لمجرد النهي والوعيد في الاخرة من الشارع شرع في الدنيا

بعض

بعض العقوبة لدفع فسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده والله اعلم **قال**
ويثبت بشهادة اربعة بالزنا لا بالوطء والجماع • اي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا
بشهادة اربعة يشهدون عليه بالزنا اي بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول
الى العلم القطعي متعسر فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة او الاقرار لرجحان جنبة
الصدق لا سيما للاقرار لانه يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة لقوله تعالى واللاتي
ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال عليه الصلوة والسلام للذي
قذف امراته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده
وذم من احب اشاعة الفاحشة وفي اشتراط الاربعة تحقق معنى الستر اذ وقوف الاربعة
على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء
والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الاية واتحاد المجلس شرط
لصحة الشهادة به عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف
وقال الشافعي تقبل كساير الحقوق اذ لا تفصيل في النصوص الواردة فيه فتعمل باطلاقها
ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد
قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثاني والثالث فلا تنقلب شهادة الا بالضرورة وهو اذا
جاوا جملة فشهد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر ادايها جملة وان كان احدهم
الزوج تقبل شهادته • وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة **ولنا** انه يتضرر به لانه
يعير بزنا امراته فكان ابعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده **قال**
فيسالهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه • اي يسالهم عن نفس الزنا وحالة
موضعه ووقته والمراة التي زنا بها لانه عليه الصلوة والسلام استفسر ماعزا اي ان
الكاف والنون ولان كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب عليه الاستفسار لزوال
الاحتمال فيسالهم عن ماهيته اي ذاته وهو ادخال الفرج في الفرج لانه يحتمل انهم عنوا
به غير الفعل في الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان يزنيان وزناهما النظر واليدان
يزنيان وزناهما المشي ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا يوجب الحد وعن كيفيته

والمذنبه حج

البطش والرجلان يزنيان
وزناهما

لاحتمال وقوعه حالة الاكراه او تماس الفرجين من غير ايلاج الى الحشفة وعن زمانه
ومكانه لاحتمال انه زنا في دار الحرب او البغي وفي قدم الزمان او في حال صباه او جنونه
وعن المزني بها لاحتمال ان يكون امرأته او امته او يكون له شبهة لا يعرفها هولاء الشهود
فاستقصى في ذلك للدرء وهو المندوب اليه قال عليه الصلوة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم
قال فاذا بينوه وقالوا رأيناه وطيها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا
حكم به لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي ولو قالوا لا نزيد على قولنا انه زنا لا يحد المشهود
عليه للشبهة وكذا الشهود ايضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما يسألون
احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف هنا بظاهر العدالة بخلاف سائر
الحقوق احتيالا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه الى
اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء • فان
قيل الاحتياط في الحبس اكثر فكيف يكون مشروعا • قلنا حبسه ليس بطريق
الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له
وحبس عليه الصلوة والسلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة
لان الحبس اقصى عقوبة فيها الا ترى انه يعاقبه بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز ان يعجله
قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة اخرى اغلظ منه قال
وباقراره اربعا في مجالسه الاربعة كلما اقر رده • اي يثبت الزنا باقراره اربع مرات
في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي • وقال الشافعي يكتفى بالاقرار
مرة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود
لانه يفيد زيادة طمانينة القلب ولنا وحديث ماعز رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام
اخر اقامة الحد عليه الى ان تم اقراره اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها
لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر
الزنا وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جميع
المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس

القاضي ويرده القاضي كلما اقر حتى يغيب عن بصره في كل مرة فيما يروى عن ابي حنيفة
لانه عليه الصلوة والسلام طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة • فان قيل انما رده عليه
الصلوة والسلام قبل ان يتبين له عقله لانه جاءه اشعث اغبر متغير اللون ولما استبان
له عقله رجمه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام قال له ابك خبل ابك جنون قالا فعال
عنه فسال عنه فقالوا لا نعلم فيه الا خيرا وبعث الى اهل مكة هل تنكرون من عقله
شيئا فقالوا لا فسأله عن احصانه فاخبر انه محصن فرجمه • قلنا ليس كذلك لان حاله
يدل على كمال عقله اذ هي حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه • وقوله عليه الصلوة والسلام
ابك خبل ابك جنون تلقين منه لما يدرئ به الحد كما قال عليه الصلوة والسلام لعلك قبلتها
او باشرتها وتسبيل الاحتياط والدليل عليه ما قال ابو بكر الصديق رضي الله عنه له بعد
ما اقر بثلاث مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على ان هذا
العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم الا ترى الى قول ابي بريدة كنا نتحدث في اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه
وصح ان الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعد ما اقرت اربع مرات ولا يقال اذا لم
يجب الحد باقراره مرة وجب ان يجب المهر لانه اقر بوطي لا يوجب الحد فاذا وجب المهر
وجب الا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة
لم يجب والا وجب كما قلنا في الشهادة ان البعض اذا شهدوا توقف الامر فان تم النصاب
لا يكون قذفا والا صار قاذفا فكذا هنا فيستوي في ايجاب الحد عليهما او على الزانيين ولا فرق
في الاقرار بين ان يكون حرا او عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه
وقال ابن ابي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة
والحجة عليه ما بينا وينبغي للامام ان يزجر عن الاقرار ويظهر الكراهية في ذلك ويامر
بابعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه الصلوة والسلام فعل كذلك وقال عمر رضي الله عنه
اطردوا المعترفين يعني بالزنا قال وسأله كما مر فان بينه حد • اي اذا تم
اقراره اربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا

السوال عنه كان على محو

ن

ويمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم
العهد يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه وهذا السؤال
يكون بعد ما نظر في حاله وعرف انه صحيح العقل كما فعل عليه الصلوة والسلام ولا بد من التفحص في
ذلك ولا يكتفي بالكناية لانه عليه الصلوة والسلام قال لماعز فهل تدري ما الزنا قال نعم وقال له
انكتها ولا يكني قال نعم فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فاذا قال انه محصن
سأله عن الاحصان ما هو فان وصفه بشرايطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند القاضي ممن لا
ولاية له في اقامة الحدود ولو كان اربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان
منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو اقر بالزنا مرتين وشهد عليه
اربعة لا يحد عند ابي يوسف وقال محمد يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون
الامتناع عن الباقي دليل الرجوع او هو غير صحيح فيلتحق بالعدم شرعا فتثبت الشهادة
وحدها هي الحجة فتقبل ولابي يوسف ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا
فاورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا قال
فان رجع عن اقراره قبل الحد او في وسطه خلي سبيله • وقال الشافعي وابن ابي ليلى يحد لوجوب به
باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره وهذا لانه احدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة
كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالاقرار الاول
فاورثت شبهة وهو يدرأ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه يحتملهما فلا يمكن العمل باحدهما
لعدم الاولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو
يكذبه والحد حق لله فلا مكذب له والى صحة الرجوع اشار صلى الله عليه وسلم بقوله هلا تركتموه
حين اخبر بخبر ماعز قال ويندب تلقينه بلعلك قبلت او لمست او وطئت بشبهة
اي يستحب للامام ان يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها او لمستها او وطئتها بشبهة او بنكاح
او بملك يمين لانه عليه الصلوة والسلام قال لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت
قال لا قال انكتها لا تكني قال نعم فعند ذلك امر برجمه رواه البخاري واحمد وابو داود وقال
عليه الصلوة والسلام في رواية انكتها كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر قال نعم

فقال

فقال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما ما ياتي الرجل من امرأته حلالا الحديث
قال رحمه الله فان كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت لانه عليه الصلوة والسلام
امر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين واخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع
ففر الى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وفيما رواه الجماعة انه عليه الصلوة والسلام رجم المرأة
التي العسيف وقال عليه الصلوة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلث كفر بعد
ايمان وزنا بعد احصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضي الله عنه وهو على المنبر وان مما انزل
في القرآن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسياتي قوم ينكرون ذلك ولولا ان
الناس يقولون عمر زاد في كتاب الله لكتبتها على حاشية المصحف عليه اجماع الصحابة رضي الله
عنهم متصل الينا اجماعهم بالتواتر ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم ينكرون القطعي فيكونون
مكابرين وعنادا قال يبدأ الشهود به • اي يبدأ الشهود بالرجم • وقال
الشافعي لا تشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه قال حين رجم
شراحة ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان
اول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها بحجر
قال الراوي ثم رمى الناس وانا فيهم ولان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم
يستعظم المباشرة فيأبى او يرجع فكان في بداءته احتيال للدرء بخلاف الجلد فان
كل احد لا يحسن فيخاف ان يقع مهلكا او متلفا لعضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لان
الاتلاف فيه متعين قال رحمه الله فان ابوا سقط • اي ان ابى الشهود من
البداية سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا امتنع واحد منهم او جنوا او فسقوا او
قذفوا فحدوا او واحد منهم او عمي او خرس او ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطاري على الحد
قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وكذا اذا غابوا او بعضهم او ماتوا او بعضهم لما ذكرنا
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا امتنعوا او
ماتوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون ان يرموا او مقطوعي
الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال

ثم الامام ثم الناس لما روينا من اثر علي رضي الله عنه ويقصدون بذلك مقتله الا من
كان منهم ذا رحم منه فانه لا يقصد مقتله لان بغيره كفاية وروي ان حنظلة استاذن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مامور
بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة **قال** رحمه الله ويبدا الامام لو مقرا
ثم الناس اي يبدا الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما روينا من اثر علي رضي الله عنه ورمى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت اقرت
بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلوة والسلام حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه
والصلوة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم
ولقد رايته ينغمس في انهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتل بقصاص بخلاف
الشهيد وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعدما رجمت وكانت اقرت وقال عليه
الصلوة والسلام فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم وابو داود
قال وغير محصن جلد مائة • اي لو كان الزاني غير محصن جلد مائة لقوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب للائمة لان اجتماع الامة متعذر
فتعين الامام لقيامه مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره الا انها نسخت في حق المحصن
بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها هي المادة في هذه الجناية
اذ لولا تطميعها وتمكينها لم يطمع ولم يتمكن او لان الفاحشة منهن اكثر لغلبة شهوتهن وقلة
دينهن وعدم حفظهن للمروءة **قال** رحمه الله ونصف للعبد • اي نصف المائة
للعبد لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به
الجلد لان الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك او لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية
فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق المنقص للكرامات في العقوبات ثبت في العبيد
بدلالة النص اذ النص الوارد في احد المثلين يكون واردا في المثل الاخر او نقول دخل
العبيد في اللفظ وانث للتغليب ومثله قوله عليه الصلوة والسلام في خمس من الابل سائمة شاة
واللفظ خص بالاناث تغليبا من الاناث ودخل الذكور فيه احتياجا بدلالة النص او دخل في اللفظ

وانث للتغليب وفي مثله تغليب الذكور عادة كما في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم
الى الصلوة وان كنتم جنبا وغيره **قال** بسوط لا ثمرة له متوسطا اي يضرب
بسوط لا عقدة له ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته وذنبه وطرفه لان بكل ضربة بها تصير
ضربتين وعن علي رضي الله عنه انه كسر ثمرته ولو لم يكسر الثمرة يعد كل ضربة بضربتين لما
روينا ان عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي رواية ذنبان اربعين جلدة
فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المولم غير الجارح لان الجارح يفضي الى التلف
او يبقى في جسده اثر فيشينه ولهذا يكسر عقدته وغير المولم لا يفيد والواجب التاديب دون الاهلاك
قال ونزع ثيابه يعني غير الازار لان في نزعه كشف العورة والمقصود من
ضربه ايصال الالم اليه لا سيما الحد لانه مبني على الشدة والتجريد فيه ابلغ وقد صح ان عليا
رضي الله عنه كان يامر بالتجريد في الحدود **قال** وفرق على بدنه اي
فرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والجلد زاجر لا متلف
ولانه نال اللذة في كل عضو منه فيعطى حظه من الضرب ولهذا يرجم اذا كان محصنا
قال الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه الصلوة والسلام للجلاد اتق
الوجه والمذاكير ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الراس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر
والشم والفهم وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه
فلا يشرع وقال ابو يوسف اخرا يضرب الراس سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب
الراس فان فيه شيطانا • قلنا قال ذلك في مستحق للقتل لانه كان من دعاة اهل الحرب محلوق
وسط راسه فامر بضرب ذلك الموضع واخبر ان فيه شيطانا وقال عمر للجلاد اياك ان تضرب
الراس والفرج وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل كالراس وعن
ابي يوسف مثله • وقال الشافعي رحمه الله يخص الظهر بالضرب لقوله عليه الصلوة والسلام
شهودك او حد في ظهرك قلنا ليس فيه نفي ضرب غيره من الاعضاء **قال**
ويضرب الرجال قائما في الحدود غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود
قياما والنساء قعودا ولان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من

من المومنين والقيام ابلغ فيه والممدود هو الملقى في الارض كما يفعل اليوم وقيل
ان يمد فترفع يده فوق راسه وقيل ان يمد السوط على جسده عند الضرب فيجر عليه
وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق قال ولا ينزع ثيابها الا الفرو
والحشو اي المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة
والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة اليهما
فينزعان ليصل الالم الى البدن قال وتضرب جالسة لما روينا من
قول علي رضي الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة فلا يومن كشف عورتها قال
ويحفر لها في الرجم لا له اي يحفر للمراة لا للرجل لقول ابي سعيد فوالله ما حفرنا له ولا
اوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن ابيه حفر للغامدية الى صدرها رواه مسلم
واحمد وابو داود ولانها ربما تضطرب اذا اصابتها الحجارة فتبدو اعضاؤها وهي كلها عورة
فكان الحفر استر لها بخلاف الرجل ولا باس بترك الحفر لها لانه عليه الصلوة والسلام لم يامر
بذلك والربط والامساك غير مشروع في المرجوم قال ولا يحد عبده الا باذن
امامه اي المولى لا يحده الا اذا فوض الامام اليه وقال الشافعي له ان يقيم عليه
الحد الذي هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب او اقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد
بتولية الامام بان كان بالغا عاقلا حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حد القذف
القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا او ذميا او امراة فليس له ان يقيم الحد
على مملوكه له قوله عليه الصلوة والسلام اذا زنت امة احدكم فتبين زناها فليجلدها الحد
ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل
من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك اقامة ما اوجب عليه كالامام بل اولى
لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى ملك غيره من التصرفات ما لا يملكه الامام الا ترى
ان المولى هو الذي يزوج دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق
ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك
فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا يملك التعزير كما يملكه الامام والحد

كالتعزير

كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر ولنا ما روي عن العبادلة الثلثة موقوفا
ومرفوعا اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي مثله ولان الحد
حق الله تعالى اذ المقصود من شرعه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيكون
الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى
فاما المولى فولايته بالملك لا يصلح ان يكون نائبا لله تعالى الا ترى ان المراة لا تصلح لذلك وان كانت
مالكة وكذا الذمي والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه التاديب
والتثقيف ولهذا يملكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتاديب الدواب ويقبل
فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم في ولاية النكاح لا يدل
على تقدمه في اقامة الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه والسلطان له ولاية اقامة الحدود ولان الحدود
انما تجب باعتبار الآدمية والمولى يملك ماليته لا غير فكان اجنبيا عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح
اقراره بالحدود دون المال والمراد بما روي التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن
الامام وهذا كما يقال قتل الامير فلانا وزنى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره
وانما نسب اليه بالتسبيب بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه الصلوة والسلام خاطب
الموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع او يكون ذلك اذنا منه عليه الصلوة والسلام للموالي
بان يقيموا الحدود وعندنا يجوز اقامته للمولى باذن الامام قال واحصان
الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان والعقل والبلوغ وهذه
الشرائط سبعة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا والدخول بالنكاح
الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول اما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية العقوبة لان
المجنون والصبي ليسا مكلفين واما الحرية فلان الاحصان ينطلق عليها قال الله تعالى فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المومنات اي الحرائر ولانها متمكنة من النكاح الصحيح المغني عن الزنا واما الاسلام فلقوله عليه
الصلوة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن ولانه متمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافر لا يحصن ولا يمكنه
من اعتقاد الحرمة او لو كان وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وبه قال الشافعي لانه عليه الصلوة

والسلام

رجم لو دبيق فلما كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد في اول ما دخل عليه السلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا واما التزويج بنكاح صحيح فلان الاحصان ينطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء اي المنكوحات وقال تعالى فاذا احصن اي تزوجن ولانه يتمكن من الوطي الحلال واما الدخول فلقوله عليه الصلوة والسلام الثيب بالثيب والثيابة لا تكون الا بعد دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع ويستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال واما احصانهما حالة الدخول فلان هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف ابي يوسف وعنه انه لا يشترط الاحصان عند الدخول والحجة عليه ما بيناه وقوله عليه الصلوة والسلام لا تُحصِنُ المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة والحرة العبد وهذه الاشيا من اعظم النعم وكلها زواجر عن الزنا والخيانة عند توفر النعمة ووجود المانع اغلظ واتبع فيناط به نهاية العقوبة ولهذا هدد الله تعالى نسا النبي بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبيا عليهم السلام بزلات لا يواخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي ممتنع ولذوال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعنة يعود محصنا اذا افاق وعند ابي يوسف لا يعود حتى يطا بامراة بعد الافاقة

قال ولا يجمع بين جلد ورجم يعني في المحصن ولا بين جلد ونفي يعني في البكر اما الاول فلانه عليه الصلوة والسلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه الصلوة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه الصلوة والسلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي ان عليا حين رجم المراة ضربها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري واحمد **ولنا** انه عليه الصلوة والسلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المراة التي زنا بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه وانه لا فايدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا

وزجره بالجلد لا يتاتى مع هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه ابلغ العقوبات فاذا اعدى عن الفايدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفي بحد واحد لعدم الفايدة في الباقي لان المقصود وهو زجره وزجر غيره يحصل بالاول وما رووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة او الرجم لان الواو تجي بمعنى او قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا اولي اجنحة مثنى وثلث ورباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين او جلد مائة ان لم يكونا محصنين وهذا معنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تغييرا منه عليه الصلوة والسلام على الحكم في الثيب على ان هذا الحديث منسوخ على ما بينا وجه نسخه من قريب ان شاء الله تعالى واما الذي جمع فيه عليه الصلوة والسلام بينهما فانما جلده اولا ظنا منه انه غير محصن ثم لما عرف انه محصن رجمه فان جابرا رحمه الله قال ان رجلا زنا بامراة فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم اخبر بانه محصن فامر به فرجم رواه ابو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتاخير الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تاخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعرف احد الحدين بالكتاب والاخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لان الجمع مشروع في واحد واما الثاني وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي يجمع بينهما حدا لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه الصلوة والسلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب عام والخلفا الراشدون كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشا من المصاحبة والموانسة فيفرق ويغرب حسما لمادته الا ترى ان السارق لما كان يتمكن من السرقة من المشي والبطش جاز حله قطع آلة المشي والبطش حسما لمادته **ولنا** قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب نظرا الى الجواب بالفا لان الفا للجزاء والجزاء ما يكون كفاية لانه من جزا بالقراي كفى والى كونه كل المذكور فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز الا بمثله ولان في التغريب تعريضا لها على الزنا لانها اذا انما عدلت عن الفحشا بهم والاقارب ارتفع الحيا واذا انزلت في الرباطات او الخانات احوجها انقطاع مواد المعائش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الاستحيا من المعارف وهو اقبح

وجوه الزنا لانه يقع جهرا لكونه ناشيا عن وقاحة ومع الشفاء ان وقع يقع خفية وهو
مكتوم لكونه ناشيا عن الحيا ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وعمر نفى شخصا فارتد
ولحق بدار الحرب فحلف ان لا ينفي بعد هذا ابدا وبهذا يعرف ان نفيهم كان بطريق السياسة
والتعزير لا بطريق الحد الا ترى ان عمر لا يحلف ان لا يقيم الحد وعندنا يجوز ان يفعله ان راى فيه
مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا الا ترى انه عليه الصلوة والسلام نفى المخنث وعمر نفى نصر بن الحجاج
وكان غلاما صبيحا تفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة راها فان
الغلام قال له ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة
منك فنفاه والتحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد هذا ولان نفي المراة لا يمكن شرعا لان
سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يمكن النفي من على المهاجرة من دار الحرب
لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها
ان تخرج من عندهم وتسافر وكذا في الامة حق المولى في الخدمة مقدم على حق الشرع فلا يمكن
ان يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب
بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه ان
الزنا في الابتداء الاذى باللسان كما قال الله تعالى فاذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت
بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ الحبس
بقوله عليه الصلوة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله
عليه الصلوة والسلام خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلد وا
كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد الكل زمانا ثم نسخ في حق المحصن بالرجم فبقي في حق غير
المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط في حق المحصن
قال رحمه الله غرب بما يرى صح • اي لو غرب الامام الجاني بما يرى من
التغريب جاز لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر
ومن يك امسى بالمدينة رحله • فاني وقيار بها لغريب

اي المحبوس وهو احسن واسكن للفتنة من نفيه الى اقليم اخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان
ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه
قال رحمه الله والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرى اي اذا زنا المريض
وكان محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرا
كيلا يفضي الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا تقام الحدود في شدة البرد وان
كان الزاني ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه ويخاف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا
مقدار ما يتحمله لما روي ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال عليه الصلوة والسلام اضربوه حده فقالوا يا رسول الله انه
ضعيف مما تحسب لو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه الصلوة والسلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ
ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا رواه احمد وابن ماجة وقريبا رواه ابو داود ولو
حملناه الكل لتفسخت عظامه وما هو الا جلد وعظم **قال** رحمه الله
والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد اي لو كانت الزانية حاملا لا تحد
حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الادمي وان كان من الزنا لعدم الجناية منه
وقد روي ان امراة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرني فقال ويحك
ارجعي فاستغفري الله تعالى وتوبي اليه فقالت اراك تريد ان ترددني كما رددت
ماعز بن مالك فقال وما ذاك قالت اني حبلى من الزنا قال انت قالت نعم قال لها حتى تضعي
ما في بطنك فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال وضعت
الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار
فقال الي رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطني وقال هذا حديث صحيح وتحبس حتى
تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت معترفة لا تحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى
تخرج من نفاسها لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال ان امة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت
فامرني ان اجلدها فاتيتها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان اجلدها ان اقتلها فذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال احسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم واحمد وابو داود

والترمذي وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء على ما بينا بخلاف الرجم لان التاخير
لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة ان الرجم يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن
احد يقوم بتربيته لما روي عن عبد الله بن بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله
اني قد زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني لعلك تردني كما
رددت ماعزا فوالله اني لحبلى قال اما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في
خرقة فقالت هذا قد ولدته قال اذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته
بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى
رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها فيقبل خالد بحجر فرمى
به راسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال
مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم امر بها فصلى
عليها ودفنت رواه مسلم واحمد وابو داود والتوفيق بين الحديثين يحتمل ان يكون امرتان
من غامد فاخر رجم احداهما الى ان تفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان يكون احداهما من
من غامد والاخرى من قبيلة اخرى فغلط الراوي في الرواية

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطي الذي الموجب للحد هو الزنا وهو عند اهل اللغة والشرع وطي الرجل المكلف في قبل
المشتهاة في غير الملك وشبهته عن طوع قد بيناه في اول الكتاب وانما شرط ذلك لوجوب الحد
لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعري عن الملك وشبهته يؤيده قوله
عليه الصلوة والسلام ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله
فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة رواه الترمذي من حديث
عايشة وذكر انه قد روي موقوفا وان الوقف اصح وعندنا لا يضر ذلك اذا صح الرفع لا سيما
فيما لا يدرك بالراي فان الموقوف محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويقفون
به اخرى وقال عليه الصلوة والسلام ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا ثم الشبهة ثلثة انواع شبهة
في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد فالاول تسمى شبهة اشتباه وهو ان يظن غير

الدليل

الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا
حقيقة غير انه سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وان
ادعاه والنوع الثاني الاخر ان الشبهة في كل واحد منهما حكمية فتثبت مطلقا لان الشبهة
فيه لدليل قايم به يقتضي الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجي تفاصيله قال
لا حد لشبهة المحل وان ظن حرمته كوطي امة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات اي يجب
الحد لاجل شبهة توجد في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة تثبت فيها الملك
من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت
للحل قايم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة ولهذا سمي هذا النوع شبهة
في المحل [illegible] نشات عن دليل موجب للحل في المحل بيانه ان قوله عليه الصلوة والسلام انت ومالك
لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا الجنة ولد الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات
فيها اختلاف الصحابة فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها رجعية فاورث شبهة وان كان المختار
قول علي رضي الله عنه والملحقة بالمسايل اخوات منها الجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم
لانها في ضمانه وبيده ولعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان متسلطا على الوطي بالملك واليد وقد
تغيب اليد فبقيت الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لان له حق الملك
فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبة او عبده المأذون له وعليه دين يحيط
بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية الممهورة قبل التسليم
في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه
في البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها اظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب
الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة
بشرط الخيار للبايع قال وبشبهة الفعل ان ظن حله كالمعتدة بالثلث وامة ابويه وزوجته
وسيده اي يسقط الحد لاجل الشبهة في الفعل ان ظن ان وطيها حلال له ويسمى هذا النوع
من الشبهة شبهة الفعل لان الملك والحق ثابت فيهن [illegible] الاتي ذكرهن لان حرمة المطلقة
ثلثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير انه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى

والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة اختها واربع سواها وعدم قبول شهادة كل
واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فاورث شبهة ان ظن حله لانه موضع الاشتباه
لذلك فاورث شبهة فتعذر ولا فرق في ذلك بين ان يوقع الثلث جملة او متفرقا ولا اعتبار
بخلاف من انكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي وكذا الاملاك متباينة بينه وبين ابويه
وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق فيها لهم وكذا العبد في مال مولاه غير ان البسوطة تجري
بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بماله شرعا فاذا ظن الوطي
من هذا القبيل تعذر لان وطي الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه في
محله معذور فيه ولهذه المسايل ايضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع
فصارت كالمطلقة ثلثا ومنها ام الولد اذا اعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع ويثبت
الشبهة عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن
في رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها
فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء وهذا لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا
لو كان العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف في موضعه والوطي يصادف
العين وليس افادة ملك العين لا يتصور وان لا يفيد ملك المنفعة بحال لصيرورته مستوفيا لها
بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك المنفعة فيها فصارت كالجارية المستاجرة للخدمة
وكجارية الميت في حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبايع لان الملك فيها يثبت
حقيقة في حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المنفعة فان قيل
فعلى هذا وجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة
للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال من الجملة وملك
المال سبب لملك المنفعة في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستاجرة وجارية الميت لان
الاجارة لا تفيد المنفعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفي حقه من الثمن ولو
ملك العين او تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن ثم كما يسقط الحد عنها بدعوى
النكاح يسقط عنها بدعوى الجارية وعن ابي حنيفة انه لا يسقط عنه لانها تبع فسقوطه

عن البيع

عن البيع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا زنى بصبية والظاهر الاول لان سقوط
الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى اليه الفعل لان الفعل واحد بخلاف الصبية
لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يمكن تعديته اليه فاقتصر عليها
قال والنسب يثبت في الاول فقط اي يثبت النسب اذا ادعاه في الشبهة
الاولى وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان
النسب يعتمد قيام الملك والحق بالمحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش او شبهته يوجد
باحدهما وفي النوع الاول وجد احدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فيتمحض زنا
وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب
عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال
ويحد بوطي امة اخيه وعمه وامراة وجدت في فراشه يعني وان ظن انها تحل له لانه لا انبساط
في مال هولاء عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد لان
السرقة منهم حيث لا تقطع بها بل لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه
لان المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استيذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة
فيدرء به الحد واما هنا يجب الحد لان الزنا قد وجد ويدرء بالحل او شبهته ولم يوجد وتبين لك
هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا يقطع به وان زنا بجاريته او في بيته
بل في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامراة وجدت في فراشه اي يحد بوطي امراة
اجنبية وجدت في فراشه وان قال ظننت انها امراتي لانه بعد طول الصحبة لا تشتبه
عليه امراته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن
الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان اعمى لان امراته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة لمعرفتها بالحس
والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية
فقالت انا امراتك فوطيها فلا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار
وكذا لو قالت انا فلانة باسم امراته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه
منه لما ذكرنا من قريب في المزفوفة وان اجابته ولم تقل انا امراتك ولا انا فلانة يحد لعدم

ما يوجب السقوط ولو اكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي وهو
نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع قال لا باجنبية زفت وقيل
هي زوجتك اي لا يجب الحد بوطي اجنبية زفت اليه وقيل هي زوجتك فيما اذا تزوج امراة ولم
يطاها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له العمل اذ المرء
لا يميز بين زوجته وغيرها في اول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه
وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا
لضرر الغرور عنه في الامة التي اشتراها ثم استحقت بعدما وطيها واستولدها ولا يحد قاذفه
لانه وطي حرام في غير الملك فيسقط به احصانه لان هذا الوطي حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظا
قلنا اليمين فيها ملك ولا شبهة فكان زنا حقيقة فيبطل به احصانه واستناده الى
دليل شرعي لا يمنع من ذلك كمن وطي جارية ابنه فانه يسقط احصانه بذلك علقت اولم تعلق
ادعاه اولم يدع قال وعليه مهر لان عليا رضي الله عنه قضى بذلك ولان
الوطي في دار الاسلام لا يخلو عن الحد او المهر فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا
في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب فيه المهر لما ذكرنا الا في وطي جارية الابن وعلقت
منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح او في وطي البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها في الزيادات
وينبغي ان لا يجب بوطي جارية العبيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب
ثم سقط يستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك
قضى علي رضي الله عنه وكان عمر رضي الله عنه يجعله في بيت المال كانه جعله حق الشرع كما ان الحد
حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي رضي الله عنه لان الوطي كالجناية عليها وارش الجنايات
للمجني عليه وكان عوضا عن الحد لو وجب على المراة لان الحد ساقط عنها قال
وبمحرم نكاحها اي لا يجب الحد بوطي محرم تزوجها وهذا هو الشبهة في العقد سواء كان
عالما بالحرمة اولم يكن عالما عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن ان كان عالما يوجع بالضرب تعزيرا
له وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ان كان عالما يحد في كل امراة محرمة عليه على التابيد
او ذات زوج لان حرمتهن ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليهن كاضافته الى الذكور لكونه

صادف

صادف غير المحل فيلغو الا ان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من
المحرمات فيكون وطيها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء انه كان فاحشة والفاحشة هو الزنا لقوله تعالى
ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الاية ومجرد اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به الا ترى
ان البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيا من احكام البيع عند
انه اذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولابي حنيفة ان الانثى من اولاد ادم محل لهذا العقد
لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل انثى من اولاد ادم قابل لحكم النكاح وهو
التوالد والتناسل وان كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة
الى المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان
الحرمة الثابتة فيهن بالنص فتورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها
الا ترى ان الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيا اعتبرت
مالا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند اهل الذمة والانثى من اولاد
ادم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت اولى باثبات الشبهة وكونها محرمة على
التابيد لا تنافي الشبهة الا ترى انه لو وطي امته وهي اخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب
عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة اقوى من ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين
فكان اولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة فما كان اقوى في اثبات
الحقيقة كان اقوى في اثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على انه زنا غير صحيح لان
الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى
والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم الاية فلا يكون اسم الفاحشة مختصا
بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة للوطي فيحمل عليه
النكاح المذكور في الاية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطي بعد العقد
لان اللفظ لا يدل عليه اذ النكاح لم يذكر الا مرة فيتناول احدهما على البدل دون الجمع بينهما
لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل عليه انه ليس بزنا ان اهل اللغة يقولون عليه

وكان مشروعا فيمن قبلنا والذمي لا يقرعلى الزنا ولم يشرع الزنا في دين من الاديان قط
فاذا لم يجب الحد عليه لما ذكرنا يبالغ في تعزيره اذ كان عالما بذلك لانه ارتكب محظورا وفيه
فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطي المتزوجة بغير شهود او بغير اذن المولى او وطي
امة تزوجها على حرة او تزوج خمسا في عقد فوطيهن او وطي مجوسية او مشركة تزوجها او جمع
بين اختين في عقدة فوطيهما او الاخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيف ما كان
قال —— وباجنبية في غير قبل وبلواطه • اي لا يجب الحد بوطي امرأة
اجنبية في غير قبلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هو
كالزنا فيجب حد الزنا فيرجم ان كان محصنا والا يجلد لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولانه
معنى الزنا لانه قضا الشهوة بسفح الما في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حراما كالزنا في القبل بل فوقه لان في الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم
في عمل قوم لوط فكان فوقه في تضييع الما فكان ادعى الى الزاجر ولا خفا في كونه مشتهيا
لان المحل انما يشتهى باللين والحرارة والدبر في هذا المعنى كالقبل ولهذا يرغب فيه
العقلا كما يرغبون في القبل ويكثر وقوعه كالزنا بل اكثر واشد حرمة منه لان في الزنا
يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشرا ولا يمكن في عمل قوم لوط فكان ادعى الى الزاجر من هذا
الوجه ايضا وقال الشافعي في رواية عنه انهما يقتلان فقط سوا كانا محصنين او لم يكونا
لما روي عن عكرمة عن ابن عباس انه قال من وجدتموه يعمل بعمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل
والمفعول به رواه احمد وابو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس
في البكر يوجد على اللوطية يرجم رواه ابو داود **ولنا** انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله
عنهم في موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب ابي بكر الصديق ان يحرقان بالنار ومذهب
ابن عباس ان يعلى بهما اعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها
سافلها وامطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب ابن الزبير ان يحبسا في انتن المواضع حتى يموتا
وكان علي يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم الله عليهما حدا ركذلك الاجتهاد
والحدود لا تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا عند اهل اللغة لا يسمى هذا زنا وانما يسمونه

لواطة

لواطة وقال الشاعر

من كف ذات حر في زي ذي ذكر • لها محبان لوطي وزناء

وافراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة
لان شرط الدلالة ان يكون مثلا له واللواطة ليست بمثل للزنا لان في اللواطة قصورا
دون الزنا لان الداعي في الزنا من الجانبين ولو دى الى اشتباه النسب وفساد
الفراش واهلاك البشر باعتبار انه يفضي الى ولد ليس له اب يقوم بتربيته وتنفيقه
فيكون هالكا وليس شي من هذه الاشيا بموجود في اللواطة وهي اندر وقوعا لكن الداعي فيها
من جانب الحرمة واحد ولم يشابهه الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به الا ترى ان
البول مثل الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا هنا لاجل
قصوره امتنع الالحاق به وسفح الما ليس بمحظور الا ترى انه يجوز العزل في المملوكة وكذا في
المنكوحة برضاها وما رواه الشافعي لم يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة في الصحابة وارتفع
الخلاف بينهم ولئن صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو راي الامام في قتل
من اعتاده مصلحة جاز له قتله او يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عليه يوجع ضربا
وزاد في الجامع الصغير فقال ويودع في السجن هذا اذا فعل في الاجانب واما اذا فعل
في عبده او امته او منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور
قال —— وببهيمة اي لا يجب الحد بوطي بهيمة • وقال الشافعي يجب لانه وجد
سفح الما في محل مشتهى فيستدعي زاجرا • قلنا ان وطي البهيمة لا يميل اليه الطبع
فلا يستدعي زاجرا لوجود الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق
كما يكون بالكف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهيا لوجب ستره كما في القبل والدبر
الا انه يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر وما روي عن عمر انه اتي برجل وقع في
بهيمة فعزر الرجل وامر بالبهيمة فاحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت باقية
يتحدث الناس به فيلحقه العار بذلك الا ان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يوكل لحمها
تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما يوكل تذبح وتوكل عند ابي حنيفة وقالا تحرق هذه ايضا

هذا اذا كانت البهيمة للفاعل واما ان كانت لغيره يطالب صاحبها ان يدفعها اليه بقيمتها
ثم تذبح هكذا ذكر ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل عليه **قال** رحمه الله
وبزنا في دار حرب او بغي اي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب او في دار البغي وقال الشافعي
يجب لان المسلم ملتزم احكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني **ولنا**
قوله عليه الصلوة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده
وهو الانزجار والاستيفا فاذا لم يمكن الاستيفا فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق
الاستيفا هنالك لانه ليس له ولاية على نفسه ولا الامام ولاية عليهم حتى يقيمه هنالك فامتنع
الوجوب لعدم الفائدة والاستيفا فاذا لم ينعقد موجبا من الابتدا فلا ينقلب موجبا
بالخروج الينا ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب او امير مصر فله ان يقيم الحد على من زنى
في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنى منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو
زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا فصار كالمستامن في دار الحرب اذا
زنى هناك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم يحد وكذا امير العسكر لا يقيم
الحدود والقصاص لان امير العسكر او السرية فوض اليه تدبير الحرب لا اقامة الحدود ثم
اذا خرج لا تقام عليه الحد لما روينا وذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا
فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك فيجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس
واهل البغي التحقوا باهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم **قال**
وبزنا حربي بذمية في حقه • اي لا يجب الحد بزنا رجل حربي مستامن بذمية في حق
الحربي المستامن واما الذمية فتحد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الزاني بمسلمة
تحد المسلمة دونه عنده وعند ابي يوسف يحد المستامن ايضا وعند محمد لا يحد واحد منهما
ولو كان بالعكس بان زنى ذمي او مسلم بمستامنة يحد الذمي والمسلم دون المستامنة عند
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تحد المستامنة ايضا وابو يوسف كان يقول مثل قول
محمد اولا ثم رجع عنه الى ما ذكرنا والاصل لابي يوسف ان الحدود كلها تقام على المستامن والمستامنة
في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية لان المستامن يعتقد حرمة الزنا لكونه

حراما في كل الاديان وقدر الامام على اقامته عليه وقد التزم احكامنا فيما يرجع الى
المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزمها مدة حياته الا ترى
انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الربا وشرا العبد المسلم والمصحف ويجبر
على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا تقام الحد عليه
كما لا تقام على الذمي لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند ابي حنيفة انه لا تقام
على المستامن والمستامنة شي من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تنبني على الولاية والولاية
تنبني على الالتزام اذ لو الزمناه حكما بدون التزامه ادى الى تنفيره من دارنا وقد ندبنا
الى معاملة تحمله على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق
العباد لان دخوله لقضا حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم ان ينصفهم كما ينتصف وان لا يوذي
احدا كما لا يوذى فيلزمه بالتزامه واما حقوق الله تعالى فلا يلزمه لانه لم يلتزمها الا ترى
انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه الى دار الحرب ومنع الكافر من ان يكون حربا
علينا واجب علينا حقا لله تعالى فيشتغل بذلك انه حربي على كل حال ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به
ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه بالامان صار من اهل
دار الاسلام فيجري عليه احكامها في الدنيا واما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد
وكذا المنع من شرا المصحف والعبد المسلم بالاذلال والاستخفاف بالمصحف ونحن بالامان
لم نلتزم الاذلال والصبر على ذلك فلا نمكنه منه ومحمد رحمه الله يقول كذلك في جميع ما ذكرنا
غير انه يقول فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا والمحل
كالشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها
بالتمكين من فعل من يوجب الحد لو كان مستامنا فكذا تمكينها منه واما اذا كانت هي المستامنة
فسقوط الحد عنها وهي تبع لا يوجب سقوطه عن الاصل لما ذكرنا نظيره فعل الصغير والمجنون
مع البالغ العاقل فالبالغ العاقل اذا زنى بصغيرة او مجنونة يجب عليه الحد دونها وان زنت
البالغة العاقلة بصغير او مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا وابو حنيفة يقول ان الموجب للحد عليها
هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا وقد وجد لان فعل المستامن زنا لان الكافر

مخاطب بالمحرمات من الصحيح وان لم يكن مخاطبا عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا
يحد الذمي ويسقط به احصانه واحصان المستامن حتى لو قذفها قاذف بعد اسلامها لا يجب
عليه الحد لكونه صادقا فيها لتحقق الزنا منها في حالة الكفر وانما لم يحد المستامن لفقد
شرطه على ما بينا اتفاقا ونظيره الاخرس والغائب الرجل بعد ثبوت زناها والمراة حاضرة بخلاف
الصبي والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله
فعل المراة تبع قلنا تبع في حق نفس الفعل لا في حكمه الا ترى ان المراة اذا كانت محصنة
والرجل غير محصن يجلد الرجل وترجم المراة ولا تصير تبعا له فيه ولا يكون شبهة في حقها ونظير
هذا الاختلاف لو زنت مطاوعة بمكره تحد المراة دونه عندهما وعند محمد لا تحد لما ذكرنا ولو زنى
مستامن بمستامنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابي يوسف وقد بينا الوجه من الجانبين **ولنا**
رحمه الله وبزنا صبي او مجنون بمكلفة بخلاف عكسه اي لا يجب الحد اذا زنى الصبي او المجنون بامراة
مكلفة وهي البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو اذا زنى العاقل البالغ بصبية او مجنونة
حيث يجب الحد على الرجل وقال الشافعي يجب على المراة في الفصل الاول ايضا لانها زانية لان
الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها مقصود
الا ترى ان الله تعالى سماها زانية بقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا
من قذفها به يحد ولم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبي والمجنون فاذا كان
زنا فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في العكس وهو ما اذا
زنى البالغ العاقل بالصبية او المجنونة فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا **ولنا** ان فعل الزنا
لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطئا والمراة موطوءة ومزنيا بها
الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية للعيشة والدافق للمدفوق
او لكونها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا وهو فعل من هو مخاطب
بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه الصفة فلا يكون فعلها موجبا للحد
اذ هو ليس بزنا وانما سمي فعلها زنا اذا مكنت من الزنا تبعا وفعلهما ليس بزنا فلا يكون فعلها
ايضا زنا وهذا لانها مكنت نفسها من فاعل لا ياثم ولا يتحرج ولا يجب عليها الحد كتمكينها من زوجها

او من النائم بخلاف العكس لان فعل الرجل هو الاصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل
على العدم في الاصل وانما يجب الحد على قاذفها وان لم يتصور منها زنا حقيقة لا لحاق العار بها
بنسبتها الى التمكين من الزنا وهو قبيح في حقها فلهذا يجب الحد على قاذفها لا لانها زنت حقيقة وعبارة
اصحابنا ان فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا تشير الى ان احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط
احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة ثم وطء الصبي يوجب
المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة او كبيرة غير مطاوعة او امة لان الوطء لا يخلو عن الحد او المهر
وقد انتفى الحد فتعين المهر لان الصبي يؤاخذ بفعله ورضى الصغيرة والامة لم يصح وكذا المرهونة
لعدم الولاية على انفسها وان كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر لانه لو وجب
لرجع به عليها لانه فعل بامرها وامرها صحيح لولايتها على نفسها ومن امر صبيا بشيء ولحقه بذلك
ضمان يرجع به الولي على الامر فلا يفيد **قال** رحمه الله وبالزنا بمستاجرة
اي لا يجب الحد بالزنا بامراة استاجرها ليزني بها اما لو استاجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه
الحد وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد
في الاول ايضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان زنا محضا فيحد وهذا لان الاستيجار ليس بطريق
للاستباحة للابضاع شرعا فكان لغوا كما لو استاجرها للطبخ او للخبز ثم زنى بها لان محل الاجارة
المنافع لا الاعيان والمستوفى بالوطء في حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد في
غير محله اصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطء النسب والعدة ولو كان سببا للانعقاد لثبتا ولابي حنيفة
ما روي ان امراة طلبت من رجل مالا فابى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرا عمر رضي الله عنه
الحد عنهما وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر اجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن
اجورهن فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة الا ترى انه لو قال امهرتك كذا لازني
بك لم يجب الحد فكذا اذا قال استاجرتك او خذي هذا لاطاك او مكنيني من نفسك بكذا ولان
المستوفى بالوطء منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي
ان يكون محلا للاجارة فاورث شبهة بخلاف ما اذا استاجرها للطبخ والخبز لان العقد
ثم لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل اخر

قال ــــــــ وبالكراه اي لا يجب الحد بالزنى بالكراه وهذا اذا اكرهه السلطان وكان ابو حنيفة اولا
يقول يجب الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الالة وذلك دليل
الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المراة حيث لا تحد لانه لم يوجد منها دليل الاختيار
والطواعية فلا تسقط الحكم ولانها مرخص لها هذا الفعل اذا خافت على نفسها او على عضو من اعضائها
لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا لو وجب القاصر من الاكراه في حقها شبهة ولا عقوبة في المرخص
بخلاف الرجل لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لانه شرع الزجر
وهو منزجر لانما اقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمراة وانتشار الالة لا يدل على الاختيار
لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا الا ترى ان النائم قد تنتشر الته وان لم يكن له قصد واختيار وان
اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر خوف
التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل في غير السلطان اظهر لانه يكون على عجلة خوفا على
نفسه من اولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لان
المبتلى به يستغيث بالسلطان فيغاث ولا تستحكي كافة او بجماعة المسلمين او يدفعه عن نفسه
بالسلاح او بالحيل وهذا الخلاف عصر وزمان فلا اختلاف حجة وبرهان فكان في زمنه للسلطان
قوة ولا يستجري احد على الاجتماع على الفساد وفي زمنهما ظهرت القوة للمفسدين فافتى
كل واحد منهم على ما شاهد في زمنه وزماننا كزمانهما او افسد فيفتى بقولهما ولذلك اطلقه
في المختصر ولم يقيده بالسلطان قال ــــــــ وباقرار ان انكر الاخر اي
لا يجب الحد باقرار احد الزانيين اذا انكر الاخر وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وعندهما
اذا ادعى المنكر منهما الشبهة بان قال تزوجته فهو كما قال وان انكر بان قال ما زنيت ولم يدع ما
يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الوفاق فيه ان دعوى النكاح يحتمل الصدق والنكاح
يقوم بالطرفين فاورث الشبهة فيسقط الحد والاصل في الخلافية ما روي عن سهل بن سعد
ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنا بامراة سماها فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الى
المراة فدعاها فسالها عما قال فانكرت فحده وتركها رواه احمد وابو داود ولان اقرار المقر حجة
في حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة في اقراره خصوصا في الحدود فصار كما لو قال زنا انا وفلان

قتلنا

قتلنا فلانا عمدا وانكر شريكه فان المقر يقتص منه فكذا هذا ولابي حنيفة ان الزنا فعل مشترك
بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن احدهما يورث شبهة في الاخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسألة
القتل لانه يحتمل ان يفرد به المقر لانه يتحقق من واحد ونظيره اذا اقر بالزنا على نفسه
وعلى رجل اخر بان يقول زنيت انا وفلان ولان المنكر يحتمل ان يكون صادقا فيورث
شبهة في حق الاخر كما اذا ادعى احدهما النكاح بخلاف ما اذا اقر انه زنا بغايبة او شهد عليه
بذلك حيث يحد وان احتمل ان ينكر الغايب او يدعي النكاح لانه لو حضر وانكر الزنا وادعى
النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة
ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف يجب لها المهر وهي تنكر
اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر من ضرورات سقوط الحد فلا يعتبر ردها
او نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى تكذيبها كما اذا ادعى رجل انه تزوج
امراة فانكرت واقام عليها البينة يجب لها المهر وان انكرت لما ذكرنا فكذا هذا
قال ــــــــ ومن زنا بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة مراده قتلها بفعل الزنا لانه
جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنا بها ثم
حز رقبتها ولا يقال لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب ان لا يعتبر الا القتل
ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى وحاز صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى
لا يجب الا ضمان النفس من الدية والقصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس
بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس
تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان
وجبا بسببين مختلفين احدهما بالزنا والاخر باتلاف النفس فصار كمن شرب خمر الذمي
فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة عليه
بقتله اياها بفعل الزنا سبب لملكه اياها لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى
وقت وجود سبب الضمان فصار كما لو غصب جارية فزنا بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد به
فكذا هذا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل القطع

ولهما ان ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة
الادمية وهي لا تقبل الملك ولهذا يجب على العاقلة مؤجلا على ثلث سنين ويجب الكفارة ولو
كان ضمان ملك لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال
ولهذا يجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم ان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب
سقوط الحد وانما يسقط في السرقة لانتهاء الخصومة وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو
استند الملك كما قال كان يظهر في حق القائم وهو العين لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع
البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كانه استوفى حلالا بل المستوفى حرام محض فلا
الحد بملك العين بعده ولان وجوب القيمة تكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل
للملك بخلاف ما اذا ذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في
الجثة العمياء بضمان القيمة وهي عين فاورثت شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فامكن
ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها او اشتراها بعد
بعد ما زنا بها او زنا بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة
فزنى ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه
وعليه العقر لان من العلما من قال بملكها في هذه الصورة فاورثت شبهة وان كانت الجناية
لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة
وان دفعها بالجناية فعلى هذا الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بالحرة فقتلها به يجب الحد مع
الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له
من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شي عليه في الافضا لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان
كان مع دعوى شبهة فلا حد عليه ولا شي في الافضا ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير
دعوى شبهة فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضا فان لم يستمسك بولها فعليه
دية المراة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها وضمن
ثلث الدية لانها جناية جايفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليه ثم ان كان البول
يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة

ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد لما نذكره وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة فيما ذكرنا
الا في حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك
بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج
في قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطي الحرام في دار الاسلام يوجب المهر
اذا انتفى الحد فيجب ثلث الدية لكونها جايفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن
المهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمن المهر ايضا لما ذكرنا ولهما ان الدية ضمان
كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل اذا كانا في عضو واحد
كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل ارش الاصبع في ارش الكف
ويسقط احصانه بهذا الوطي لوجود صورة الزنا وهو الوطي الحرام وفي المحيط لو كسر
فخذ امراة في الزنا او خرجها ضمن الدية في ماله وحده لانه شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية
في ماله يعني فيما دون النفس **قال** والخليفة يوخذ بالقصاص
وبالاموال لا بالحد يعني مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحدود حق الله وهو
المكلف باقامتها لانها من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها
على نفسه لان اقامتها بطريق الخزي والنكال ليتزجر ولا يفعل ذلك احد بنفسه ولا
ينزجر بمعاقبة نفسه اذ لا يخاف على نفسه ولا يبالي بها فلا يفيد وفعل نايبه كفعله
لانه بامره فاذا لم يفد لا يشرع لان الاسباب انما تشرع لاحكامها فاذا لم تفد احكامها
لا تكون مشروعة ولهذا لم يشرع في دار الحرب ثم بعد ذلك لا تنقلب موجبة لانها
انعقدت غير موجبة كمن زنى في دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص
والاموال لان حق الاستيفا لمن له الحق ولا يشترط في القصاص بل لو استوفاه صاحبه كما جاز وانما
يحتاج الى الامام لتمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه
صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك فكذا ايضا يمكن استيفاوه من الامام اما بتمكينه هو بنفسه
او بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال رحمه الله شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد معناه اذا لم يمنعهم
عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر روى ذلك عن ابي يوسف ومحمد
وابو حنيفة لم يقدره بشيء وفوضه الى راي القاضي على ما هو دابه في المقدرات المترددة
بين القليل والكثير واشار في الجامع الصغير الى انه مقدر بستة اشهر فانه قال واذا شهد
عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يوخذ به ويضمن السرقة وكذا اشار
الطحاوي رحمه الله اليه والاول اصح وهو مروي عن ابي حنيفة لان الشهر وما فوقه اجل
اصله مسالة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر بر
والا فلا وحد التقادم في حد الخمر او السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد هو يجعله
كغيره من الحدود على ما يجيء في موضعه والاقرار لا يمتنع بالتقادم خلافا لزفر هو يعتبره بالبينة
التي هي احدى الحجتين وقال الشافعي لا يبطل الحد بالتقادم لان الشهادة انما صارت
حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من ان يكون حجة
كالاقرار وحقوق العباد **ولنا** قول عمر رضي الله عنه ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا به عند
حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد حين عاين الزنا ونحوه فهو
مخير بين حسنتين حسبة اداء الشهادة لنقام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى واقيموا
الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشرع ندب اليه قال عليه الصلوة والسلام من
ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله عورته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون
ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم فتاخيرهم الادا لا يخلو اما ان يكون
للستر او لا فان كان للستر فالاقدام على الادا بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها
ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صاروا اثمين فاسقين بالتاخير لان اداء الشهادة من
الواجبات وتاخيرها فسق ولهذا لو اخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي
بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان التهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادي
نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان
الدعوى شرط فيها فاحتمال التاخير لعدم الدعوى اذ لا تقبل بدونها فكانوا معذورين بالتاخير

فان قيل

١٧

فان قيل الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم
قلنا الدعوى ليست بشرط في الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهد شاهدان على سرقة
بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان
يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتاخير فلا تقبل شهادتهم ولان السرقة
تقام على وجه الاستسرار على غرة من المالك فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان
ولان الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى ولا يعتبر التهمة في كل فرد من افراده اذ التهمة امر باطن لا نبو
عليه فيكتفى بالصورة لان الحد يسقط بصورة الشبهة كما يسقط بمعناه فان النكاح الفاسد
يسقط بمعناه ودعواه يسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع
بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد تقادم العهد لا يقام عليه الحد لان
الامضاء من القضاء في الحدود بدليل عمى الشهود وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط
الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود لان سقوط الحد عن الزاني لنوع شبهة ولا يبلغ
ذلك لايجاب الحد على الشهود **قال** ويضمن المال اذا لم تقبل شهادتهم
بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله تعالى تقبل في حق المال ويضمنه لان التقادم
يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة ايضا فصار
نظيرها لو شهد رجل وامراتان بالسرقة فانه يجب في المال ولا يجب في القطع **قال**
ولو اثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة وكذا اذا اقر بانه زنا بغائبة لانه عليه الصلوة والسلام
رجم ماعزا والغامدية حين اقرا بالزنا بغائبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد بخلاف
ما اذا شهدوا انه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوى وهي
شرط في السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون في السرقة بثبوت الملك للغائب في المال
المسروق ولا يقدرون على ذلك الا بحضرته فان قيل ينبغي ان لا يحد في الزنا ايضا حتى
يحضر الغائب لاحتمال ان يدعي النكاح فيكون شبهة قلنا دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق
فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر لان اعتبارها يودي الى سد باب الحدود
ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان احدهما غائبا لا يتمكن

لا يتمكن الحاضر من الاستيفا لاحتمال العفو من الغايب لانا نقول العفو حقيقة المسقط
واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة **قال** وان اقر بالزنا
بمجهولة حد وان شهدوا عليه بذلك لا ختلافهم في طوعها او في البلد ولو على كل زنا اربعة اي
لو اقر انه زنا بامراة لا يعرفها يجب عليه الحد وان شهد عليه الشهود بذلك بان قالوا زنا بامراة
لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه اذا اختلفوا في طواعيتها بان قال اثنان انه زنى بفلانة
واكرهها وقال اخران انها طاوعته او في البلد بان قال بعضهم انه زنا بها بالكوفة وقال بعضهم
زنا بها بالبصرة وان تم في كل زنا اربعة اما الاول وهو ما اذا اقر انه زنا بمجهولة فلانه لو كانت
امراته او امته لعرفها لانه لا تخفى عليه امراته وامته • فان قيل قد تشتبه عليه امراته بان
لم تزف اليه • قلنا الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه فلما اقر انتفى كون
الموطوة امراته ولا تعتبر الاحتمال البعيد بان يكون امته بجهة من الجهات كالارث وهو لا
يعرف ذلك او بالتوالد من مملوكاته او مملوكات اباه لان ذلك يودي الى انسداد باب اقامة
الحدود لان ذلك يحتمل في المعروفة ايضا كما يحتمل في المجهولة • واما الثاني وهو ما اذا شهد الشهود
عليه بذلك فانما لا يحد لانه يحتمل ان يكون زوجته او امته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب
المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوة ان يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها
الزاني واما اذا اختلفوا في طوع المراة فلانه زنا ان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب
لان زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا تحد وعند ابي حنيفة وزفر وقالا لا يجب الحد على الواطي خاصة
لان الشهود اتفقوا عليه بانه زنا وتفرد اثنان منهم بزيادة جنايته وهو الاكراه وجوابه ما ذكرناه
ولان الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد
منهما نصاب الشهادة ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين
فيه ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها
مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امراة ثم اقام شاهدين انها زنت مكرهة سقط الحد
عن القاذف واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط
احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج مستقيم

على قولها

على قولها واما على قول ابي حنيفة فاتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة
محوج لكلامهم من ان يكون قذفا على ما نبين من قذف تعليقا وفيما به اختلاف الطريق تظهر فيما
اذا شهد ثلثة انها طاوعته وشهد واحد انه اكرهها فعلى قولهما لا يقام الحد على واحد منهم
لما قلنا وعنده يقام على الثلاثة لانهم قذفة ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد واما
اذا اختلفوا في البلد فان لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اثنان انه زنا بها
بالكوفة واثنان انه زنى بها بالبصرة فلا اشكال في انه لا يجب عليهما الحد لان المشهود به مختلف
لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد
الشهود ايضا وقال زفر يحدون لان العدد لم يتكامل في زنا فصاروا قذفة ان كلام
وقع شهادة صورة لاجتماع شرايطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود
عليه به فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذف اعتبارا للصورة
واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما حد الزنا اعتبارا للحقيقة
وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف باربعة شهدا فشهد اثنان انه زنى في بلد وشهد اخران
انه زنى في بلد اخر وظاهر الاية يقتضي سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا شرط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان
مطلقا وقد وجد وان تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اربعة بانه زنا بها
بالبصرة واربعة بانه زنا بها بالكوفة فالمسئلة محمولة على ما اذا ذكروا وقتا واحدا بان شهد
كل طايفة بانه زنى بها وقت طلوع الشمس في يوم الخميس مثلا لانا تيقنا بكذب احد الفريقين
لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا نعرف الصادق
من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض ولتهمة الكذب فيهما يقينا ولا يحد الشهود
ايضا لما ذكرنا انفا وهذا اظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه نصاب الشهادة ويحتمل صدق
احد الفريقين فلا يحدون مع الاحتمال **قال** واختلفوا في بيت
واحد حد الواطي والمراة ومعناها ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكان البيت صغيرا
وان كان كبيرا لا تقبل ذكره في المحيط والقياس ان لا تقبل كيف ما كان لاختلاف المكان

حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتدا الفعل في زاوية وانتهاوه
في زاوية اخرى لتنقلان اليه بالاضطراب او يحتمل ان يكونا في وسط البيت فيحسبه
من في المقدم في المقدم ومن في الموخر في الموخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما عنده وهذا لو
اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنا اليهما تقبل لامكان
التوفيق وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حال الزنا تقبل لان التوفيق ممكن بان يكون
عليه ثياب فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الاخر او يحتمل انه اخذ في العمل في ثوب ثم لبس الاخر
وهو على حاله وفيه خلاف زفر وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها او في طولها وقصرها تقبل
والاصل في هذا انه مهما امكن التوفيق يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب
الحد اصلا لاحتمال ان كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به صاحبه قال
رحمه الله ولو شهدوا على زنا امراة وهي بكر او الشهود فسقة او شهدوا على شهادة اربعة
وان شهد الاصول لم يحد احد يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود في هذه الصور كلها اما في الصورة
الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لان
عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النسا انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في
ايجابه وكذا اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا يحد الشهود
ايضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صونه ولان الحد يجب لدفع العار عن المقذوف في موضع
التهمة وهنا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره اذا شهدوا على امراة بالزنا فوجدت رتقا
لا يجب الحد عليها ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب واما اذا كان الشهود فسقة
فلان الفاسق من اهل التحمل والادا وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى
القاضي بشهادته ينفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار
الاهلية ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليهما باعتبار عدم
الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت ولهذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق
على ان المقذوف قد زنا يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة
الشهود الفسقة على ان اوليا المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن به

فلا يسقط

فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة
لان الله تعالى علق به بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا الاية
عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط فكان العجز شرطا للوجوب واما القود فمرتب
على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فظهر السبب الموجب بنفس القتل
وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو
مسقط بعد الوجوب وليس بمانع من الوجوب بخلاف حد القذف فان الشهادة فيه تمنع الوجوب
وهو تبقى ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن بالعجز مع شهادتهم فلا يجب واما اذا شهد
اربعة على شهادة اربعة فلما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين
في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع او لان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة
او نقصان ولا يمكن التحرز عنهما عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال
تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما
نسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان
عددهم متكامل والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد
لا لاثباته وان جا الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا
ايضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم يحد احد وانما لم تقبل لان شهادتهم قد ردت
من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة
ومتى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة ابدا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعدما
ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال
يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول ايضا لما ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول
لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعد ابدا هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية
وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام
لزوال المانع ولو شهد اربعة على رجل بانه زنى بفلانة ثم شهد اربعة اخرون ان هولا الشهود
هم الذين زنوا بها فلا يحد احد منهم عند ابي حنيفة وقالا يحد الفريق الاول من الشهود حد

الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا الشهود الاول بفعل الزنا وقد
عليهم ذلك وعلى المراة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا
فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول ولــــــه ان مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول
واثبات ذلك بعينه للثاني عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال اخر لا بل زيد هو الذي دخل
الدار فالشهود الاول اثبتوه على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه واثبتوه على الشهود
والفعل الواحد لا يتصور ان يفعله شخصان ويحتمل ان يكون احد الفريقين صادقا والاخر
كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فاورث شبهة فلا يحدون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير
ما لو شهد اربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد اربعة اخرون انه زنى في بلد اخر
في ذلك الوقت على ما بينا من قبل وعلى هذا لو شهد اربعة على رجل وامراة بالزنا وشهد اربعة اخرون
على الشهود بانهم هم الذين زنوا بها وشهد اربعة اخرون على الشهود الثاني بانهم هم الذين
زنوا بها لا حد على الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمراة والفريق الاوسط
من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا فسقة بشهادة الفريق الاخر بالزنا عليهم
فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا قذفة لهم الا انه لا يجب عليهم حد القذف لكمال النصاب
على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا لثبوته عليهم بالشهود الاخير قــــــال
ولو كانوا عميانا او محدودين او ثلثة حد الشهود لا المشهود عليه لان شهادة العميان او المحدودين
في القذف لم يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات لعدم
الثبوت وشهادة الثلثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من
ان يكون قذفا باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد فيحدون وقد حد عمر رضي الله
عنه الثلثة الذين شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم ابو بكرة وشبل بن معبد ونافع ابن الازرق
بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا قــــــال ولو حد فوجد احدهم
عبدا او محدودا حدوا لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة على ما بينا قــــــال وارش
ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب يجب الدية في بيت
المال عندهما خلافا له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط او مات من الضرب

لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون اما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضي وهو خطا منه
وخطاه في بيت المال لان عمله يقع للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهذا بالاجماع واما
ارش الضرب فلهما ان الجرح اضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز
عن الجرح ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل مضافا الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند
عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين وصار
كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لا يلزمه ضمان ما اخطا فيه وانما يلزم من وقع فعله له
وفعله وقع لهذا العامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم ومال بيت المال لهم فيجب فيه ولابي حنيفة
ان المستحق هو الجلد حدا وهو ضرب مولم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى من
الضارب وهو قلة اهتدائه لذلك فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس
من الاقامة مخافة الغرامة وهذا لانه مامور بالضرب وفعل المامور لا يتقيد بالسلامة بخلاف
الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيها الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى
بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قــــــال رحمه الله ولو رجع احد الاربعة
بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وكذا كلما رجع واحد منهم يحد ويغرم ربع الدية • اما الغرامة
فلانه تلف النفس بشهادتهم فاذا اقر انه اتلف بغير حق يجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذا
لم يكن التلف مستحقا بغيره لان في هذا الباب يعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع حتى لو كان
الشهود خمسة فرجع واحد لا شيء عليه لان التلف مستحق بغيره • واما الحد فالمذكور هو
الثلثة وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما ان يجب بالقذف قبل الرجم ولا سبيل
اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا يورث او بالقذف بعد
الرجم فلا سبيل اليه ايضا لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة
فصار كما لو قذف غيره ولنا ان كلامه ليس بقذف للحال لانه انعقد شهادة ووقع الحكم به
بهذا الوصف لكنه عند الرجوع ينقلب قذفا لانه فسخ لشهادته به بعد الوجود فينفسخ ما
ينبني عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال وهو محصن في زعمه فيحد بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه
مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد ما يوجب فسخ الشهادة في حقه لان زعم الراجع يعتبر في حقه

لا في حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير
طلاقا عند وجود الشرط فان قيل غاية ما فيه انه قد اقر بعد ما قذفه بانه كان عفيفا وذلك
لا يوجب الحد عليه لرجمه بحكم الحاكم فصار كما اذا قذف غيره ثم اقر بانه كان عفيفا • قلنا
الحجة ليست بكاملة في حق الراجع لانفساخها في حقه على ما بيناه وفي حق غيره كاملة فلا يعتبر
زعمه فيه وهذا بخلاف ما اذا وجدوا احدهم عبدا حيث لا يحدون لانه لما ظهر انه عبد تبين
ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت فصاروا قاذفين حيا ثم مات والحد
لا يورث على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم حد الراجع
وحده بالاجماع والفرق لزفر ان المقذوف حي هنا فيطالب هو بالحد وفي مسئلة الكتاب قد مات
بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل اربعة انه زنا بفلانة وشهد عليه اربعة اخرون
بالزنا بغيرها فرجم ثم رجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون
لان رجوع كل فريق يعتبر في حقهم لا غير ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بحد القذف لان
كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانه قذفه كاذبا قال ـــــ وقبله حدوا
ولا رجم اي لو رجع واحد من الشهود قبل الرجم يحد كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد حد
الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وهو قول زفر لان الشهادة تاكدت بالقضاء فسقط
احصانه ثم بالرجوع ينفسخ في حق الراجع فقط كما في المسئلة الاولى ولهما ان الامضاء من القضاء
في حقوق الله تعالى لان المقصود اعلام من الحق تحققه ليستوفيه منه والله عالم بالاشياء ولا
يخفى عليه خافية فكان المفوض الى الحاكم الاستيفاء فيما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه
فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض قبل القضاء ولهذا يمتنع الامضاء بموت
القاضي وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم وخروجهم من ان يكونوا اهلا للشهادة باقامة
حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول ولهذا لا يجب الحد على المشهود عليه فدل على بطلان
الحكم وان رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر حد الراجع وحده لان رجوع الراجع
لا يصح في حق غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به واذا لم يتصل
بقي قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها بالمال بعد الرجوع مع انه يثبت مع الشبهة

فيحد

٢١

فيحد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا
يؤاخذ احد بفعل غيره لانا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع لان الشهادة قذف وانما
تخرج من ان تكون قذفا باتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير فصار كما لو امتنع
الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء بعد ما شهد اصحابه قال ـــــ ولو رجع احد
الخمسة لا شيء عليه يعني لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شيء على الراجع
من الضمان والحد لما ذكرنا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يقوم بكل الحق
فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما واما الغرم
فلان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي ببقائه ثلثة ارباع الحق فيلزمهما الربع
فان قيل ـــــ الاول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجب عليه الحد والغرم بعد ذلك برجوع
غيره • قلنا ـــــ وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب
لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب قال ـــــ
وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا كما لو قتل من امر برجمه فظهروا كذلك يعني
اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود عبيدا كما لو قتل من امر برجمه فظهروا
كذلك يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه فيما اذا امر الامام برجمه
بعد ما شهد عليه اربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا اما الاول فمعناه اذا رجعوا عن التزكية بان
قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لم يضمنوا
وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع لانهم اخطاوا فيما عملوا للعامة المسلمين
فصاروا كالقاضي ولهما في الخلافية انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان
ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة او بالتسبيب ولم يوجد واحد منهما اما
المباشرة فظاهر وكذا التسبيب لان السبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود
خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون في بيت المال لتبين خطأ الامام ولابي حنيفة
رحمه الله ان الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضي القضاء
بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة على محض ولهذا لا يشترط الذكورة في التزكية

دون شهود الاحصان على ما ياتي من قريب والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا
ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا لان التزكية لا يشترط فيها لفظ الشهادة
وهذا اذا اخبروا بالحرية واما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون
في ذلك اذ الرق لا ينافي العدالة اذ هي اجتناب المحظورات ولكن القاضي اخطأ حيث اكتفى بهذا
القدر ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات
فلا يورث وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود كفارا • واما الثاني وهو ما اذا امر الامام برجمه
فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا ومعناه فقتله عمدا بعد تعديل الشهود وقضاء
القاضي به والقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وهذا لان الشهود
لما ظهروا عبيدا تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ
المامور به الرجم وهذا حز فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه
وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لان قضاء القاضي نفذ ظاهرا وحين قتل كان القضاء صحيحا
فاورث شبهة الاباحة ولانه قتل شخصا على ظن انه مباح الدم ثم ظهر بخلافه فصار كما اذا
قتل مسلما على ظن انه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وانما تجب الدية في ماله لانه عمد
والعاقلة لا تعقل العمد ويجب في ثلث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح
حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع وفي الكافي وان شهد اربعة
على رجل بالزنا وامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل
يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء
بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ فلا شيء عليه معناه اذا لم يوجد الشهود
عبيدا ولا كفارا واما اذا وجدوا عبيدا او كفارا فقد بيناه ولو رجمه كما امر الامام
ثم وجد الشهود عبيدا فالدية في بيت المال لانه فعل بامر القاضي فينتقل اليه بخلاف الحز
لانه مخالف ولهذا لو وجب فهو دون الاول قال وان رجم فوجدوا
عبيدا فديته في بيت المال لانه فعل بامر الامام فينتقل اليه وقد ذكرناه مرارا قال
ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على انفسهم

بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير
قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة وهو مامور به شرعا قال الله تعالى واقيموا
الشهادة لله وقال تعالى واستشهدوا عليهن اربعة منكم ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قل
ما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل في المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب
والخافضة والختان والقابلة والحاجة اليه ثابتة لاقامة الحسبة وتقليل الفساد في العالم
واية حاجة اعظم منها فكانت اولى بالاباحة قال ولو انكر الاحصان
فشهد عليه رجل وامراتان او ولدت زوجته منه رجم ومعناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر
الشروط فاذا جاءت امراته بولد في مدة يتصور ان يكون منه جعل واطيا شرعا لان الشارع اثبت
نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا تعقب الرجعة وان لم يكن له
ولد منها فهي مسئلة عاقلة وانكر الاحصان فشهد به رجل وامراتان تقبل ويرجم خلافا لزفر
والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن لا تقبل في غير المال وتوابعه وزفر يقول
انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عند وجوده لا الاحصان فيضاف الحكم اليه فاشبه
حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على
ذمي زنا عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار
وهذا لانه شرط في معنى العلة لانه مكمل للعقوبة والمكمل كالموجب ولانه شرط والحكم يضاف
الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى العلة وجوبا وضرر العقوبة لا يثبت بالوجوب
وانما يثبت بالوجود والاستيفاء فصار له حكم العلة قلنا ان الاحصان ليس بعلة عقوبة
ولا سبب ولا شرط لان العلة ما يكون موجبا وهو ليس بموجب عقوبة وانما اوجبها الزنا
والسبب ما يكون مفضيا وهو ليس بمفض بل هو مانع لان الاحصان عبارة عن الخصال
الحميدة كلها تمنع عن القبائح والشرط ما توجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده علة
على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار في تعليق الطلاق
والعتاق واما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم
على وجود الاحصان ويضاف وجود الرجم اليه فكان علامة بمعنى انه معرف لحكمه وهو

الرجم اذا وجد منه الزنا والحكم غير مضاف الى العلامة لا وجوبا ولا وجودا ولا افضا فعرف
بذلك انه غير محصل للعقوبة فكانت الشهادة بالاحصان في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه
الحالة فلا يشترط فيها الذكورة بخلاف المشهود به لان العتق يثبت بشهادتهن وانما لا يثبت
سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما ينكره المسلم او يتضرر به
والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شي يوجب عقوبة او ضررا وانما لا تقبل شهادة
النسا في شي يوجب العقوبة ويستحيل ان يكون الاحصان موجبا للعقوبة بل هو اوصاف
حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية
فانها معملة للعلة فكانت بمنزلة علة العلة فلا يعتبر فيها قول النسا كالشهادة على الزنا وكيفية
الشهادة به ان يقول الشهود تزوج امراة وجامعها او باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما
وقال محمد لا يكفي ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظ الدخول مشترك يستعمل في الوطي وفي الزفاف
وفي الخلوة والزيارة ولا يثبت به الاحصان بالشك كما لو شهد انه قربها او اتاها ولهما ان
الدخول متى اضيف الى المراة بحرف البا يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن
المراد الجماع وقال عليه السلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها اي جامعها وفي
العرف اذا قيل فلان دخل بامراة يراد به الوطي دون الخلوة واذا اخلا بها يقال
دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وانكرت صار محصنا دونها
وكذا لو قال لها بعد الطلاق كنت نصرانية وقالت كنت مسلمة واذا كان احد الزانيين
محصنا حد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر وهو
مبني على ما تقدم من انه هل هو شرط معمل للعلة وهو الزنا ام لا والله تعالى اعلم

باب حد الشرب قال رحمه الله

من شرب خمرا واخذ وريحها موجود او كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان او اقر
مرة حد ان علم شربه طوعا والاصل فيه حديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد شرب
الخمر فجلده بجريدتين نحو الاربعين قال وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن
ابن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر رواه احمد ومسلم وابو داود والترمذي وصححه

وقال عليه الصلوة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاود فاجلدوه الى ان قال في الرابعة
فاقتلوه رواه ابو داود وغيره قال الترمذي انما كان هذا في اول الامر ثم نسخ لانه
عليه الصلوة والسلام اتي برجل شرب الخمر فجلده ثم اتي به فجلده الى ان جلده اربع مرات ورفع
القتل رواه ابو داود بمعناه وقال عليه الصلوة والسلام في السكران ان سكر فاجلدوه ثم
ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه ابو داود واحمد
وغيرهما وقال الزهري فاتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بسكران في الرابعة فخلى سبيله وشرط
ان يكون شربه طايعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد وشرط ان يكون صاحيا ليفيد الضرب
وهو الحد فائدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة على ما يجي في موضعه ان شاء الله تعالى
واحترز بقوله او اقر مرة من قول ابي يوسف فانه يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة
كما في الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قال
وان اقر او شهد بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة او وجد منه رائحة الخمر او تقياها او رجع
عما اقر او اقر سكران بان زال عقله اي لا يجب عليه الحد في هذه الصور كلها اما اذا اقر بعد
بعد ذهاب رائحتها او شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال
الرائحة عندهما خلافا لمحمد فانه يقدر التقادم بمضي الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما في
الزنا وغيره من الحدود وان اقر به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا في الحدود
وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر

يقولون لي انكه شربت مدامة • فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود رضي الله عنه فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان
وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضي الله عنه انه اتي برجل قد شرب الخمر بعدما
ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفي الحكم عند انتفا
الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان
باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند
عدم الرائحة ومطلق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمحظور والكل مجاز

تخصيصه ايضا باجماعهم ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب فيقدر به بخلاف
غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على
الجهال وكونه ضد الايناء في التاكيد باشتراط الرائحة كالايناء في التاكيد في الزنا باشتراط
التكرار ثم الرائحة يشترط وجودها عند التحمل حتى لو اخذه وريحها موجود فيه ثم انقطعت
قبل ان ينتهوا به الى الامام لبعد مسافة يجب الحد ومنه احترز بقوله لبعد مضي ريحها لا لبعد
مسافة ولو جاءوا به سكران يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرنا ذكره في النهاية وانما زيد الحد
اي انه لا يشترطوا ما اذا وجد منه رائحة الخمر او تقياها فلانه يحتمل انه شربها مكرها او مضطرا
والرائحة محتملة ايضا فلا يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لا يحد لاحتمال ما ذكرناه ولاحتمال
انه سكر من المباح واما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله فيعمل الرجوع فيه كساير
الحدود وهذا لانه لا يحتمل ان يكون صادقا فصار شبهة والحدود تندرئ بها واما اذا اقر
وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب في اقراره زيادة الاحتمال فاورث شبهة فلا
يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوها الا انه يقبل اقراره في السرقة
في حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقام
الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد
لانه لا يحتمل الرجوع وبخلاف ما اذا زنى او سرق او شرب في حالة السكر حيث يجب عليه الحد
لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينعقد من غير قصد واعتقاد وبخلاف ارتداده
حيث لا يعتبر ولا تبين منه امراته به لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند ابي
يوسف ارتداده كفر ذكره في الوجيز ولو اسلم ينبغي ان يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر
بالمحرم واما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدوا
فلا يعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية ثم بين حد السكران بقوله بان زال
عقله وهو ان لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيئا وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله لانه هو السكران في العرف الا ترى الى ما روي
عن علي رضي الله عنه انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون سوطا

وكذا ان الحد عقوبة فيعتبر النهاية في سببه احتيالا للدرء ونهاية السكران ان يغلب
السرور على العقل فيسلب التمييز اصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو الا ترى الى قوله
تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما تقولون
عبر عن الصحو بعلم ما تقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما اكثر
المشايخ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط في الحرمات
وعند الشافعي المعتبر ظهور اثر السكر في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص
فان الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيما قال
وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا وقال الشافعي اربعون لما روينا في اول
الباب من حديث انس رضي الله عنه ولما روي عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر
بالجريد والنعال وضرب ابو بكر اربعين متفق عليه وعن علي رضي الله عنه انه امر ان يضرب
شارب الخمر اربعين ولنا قول علي رضي الله عنه انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى
افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة رواه الدارقطني ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وما رواه كان بجريدتين والنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا
والذي يدل على هذا قول ابي سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر بنعلين
فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه احمد والجريدتان فيما روي عنه
عليه الصلوة والسلام منصوص عليهما وفي الصحيح ان عثمن امر عليا ان يجلد الوليد ثمانين وفي
رواية اربعين ويتوجه الجمع بينهما بما رواه ابو جعفر عن محمد بن علي بن ابي طالب جلد
الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعي رضي الله عنه في مسنده وكلما ورد في هذا الباب
من ضربه اربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلده عمر رضي الله عنه ثمانين بعدما استشار الناس
قال والعبد نصفه لما روي عن ابن شهاب انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال
بلغني ان عليه نصف حد الحر وان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف
الحد في الخمر رواه مالك في الموطا ولان الرق منصف على ما عرف قال
ويفرق على بدنه كحد الزنا لان تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع

زاجرا لا متلفا وتتوقى المواضع التي استثناها في حد الزنا لما ذكرنا هناك وينزع عنه
الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم بالبدن ويجرد عن ثيابه في المشهور عن اصحابنا
مبالغة في الايلام لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير
متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف
لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا اظهرنا التخفيف من حيث العدد حيث اوجبنا
عليه اقل الحدود عددا واخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثانيا بترك التجريد

باب حد القذف

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذاف والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامي
وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان
المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال بينتي حاضرة في المصر امهله القاضي
الى اخر المجلس وعن ابي يوسف انه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر ان السبب قد تحقق
وبالتاخير يتحقق تضرر المقذوف بالعار وفي المجلس لا يعد تاخيرا كالتاخير الى ان يحضر
الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس ان يحد لان
الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان ان الشهادة وجدت حقيقة وانما ردت للتهمة فيعتبر
للدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق قال هو كحد
الشرب كمية وثبوتا • اي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حيث
يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا يقبل فيه شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في
الحدود على ما مر في حد الزنا قال فلو قذف محصنا او محصنة بزنا
حد بطلبه متفرقا • اي بطلب المقذوف متفرقا على اعضاء القاذف لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا والنص وان ورد
في المحصنات لكن الحكم يثبت في المحصنين ايضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان
ثابتا دلالة وعليه الاجماع وقد روي عن عائشة رضي الله عنها لما انزلت الاية قام رسول
الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلى الاية فلما نزل امر برجلين وامراة فضربوا

حدهم رواه ابو داود والترمذي وغيرهما وكانوا قاذفين لعائشة رضي الله عنها وان لم
يصرح القاذف بالزنا بل قال جامعت فلانة حراما او فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد
لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو
ليس بصريح في الزنا لاحتمال ان يكون من غيره بالوطي بالشبهة لانا نقول نفي نسبه ام الى
الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضي اذا ثبت يثبت بما هو من ضروراته فيجب الحد اذ الثابت
اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع
العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا في حد الشرب
ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقا او مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما
العار به لظهور كذبه بيقين ولو قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة
ولعله لو كان ينطق لصدقه قال وينزع غير الفرو والحشو لانهما
يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن
به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه
اخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه كيلا يلزم الاجحاف به بخلاف حد الزنا
والشرب لان سببهما متيقن به وليس فيهما شي اخر غير الجلد فيشدد عليهما بالتجريد
وبزيادة وصف الشدة في الضرب قال واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما
عفيفا عن زنا ولا دا بالمكلف ان يكون بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون لا يتصور منهما الزنا
اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما او نقصانه لا يقفان على عواقب
الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ
فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب اي الحراير قال الله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المومنات اي الحراير والكافر ليس بمحصن لقوله عليه الصلوة والسلام من اشرك بالله فليس
بمحصن وينتظم العفة ايضا قال الله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي
العفايف وقيل الحراير ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه

والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهي خمس
شرائط داخلا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها
لا يكون محصنا **قال** رحمه الله فلو قال لغيره لست بابن فلان في غضب
حد يعني اذا كانت امه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير ابيه المنسوب
اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير ابيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح
او بالوطي بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يعتبر لانه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد ابدا
وفيه اثر ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه
وشرط ان يكون في غضب لانه في غير حال الغضب قد يراد به المعاتبة اي انك لا تشبه
اباك في المروءة والسخا فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة فيحد وعلى هذا لو
قال انك ابن فلان لغير ابيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة لان غرضه نفي نسبه ونسبة
امه الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان غرضه ان اخلاقه تشبه اخلاق ذلك الشخص
فكانه ابيه فلا يكون قذفا والقياس ان لا يكون قذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال
ولكن اوجبناه استحسانا في حالة الغضب لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفى الولادة عن
ابويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس
فيه قذف امه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفي الولادة نفي للوطي وفيه نفي الزنا لا اثباته
قال وفي غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي ويا ابن ماء السماء
ونسبته الى عمه وخاله ورابه اي في غير الغضب لا يجب الحد كما لا يجب بنفيه عن جده الى اخر
ما ذكره والمراد برابه من رباه وهو زوج امه فهذه الجملة كلها لا يكون قذفا لما يبين كل واحد
منها على الانفراد اما اذا قال في غير حالة الغضب لست لابيك فلما ذكرنا واما اذا نفاه
عن جده فلانه صادق في كلامه فانه ابن ابيه لا ابن جده واما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه
يراد به التشبيه في الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا الا ترى انه يقال للبصري انت
رستاقي وانت قروي ويراد به ما ذكرنا لا القذف وقال ابن ابي ليلى هو قذف فيحد فيه
لانه نسبه الى غير ابيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس انه سئل عن رجل قال لرجل

من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه الى قبيلة اخرى غير قبيلته
التي ينسب اليها هو او نفاه عن قبيلته واما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به
التشبيه في الجود والسماحة والصفا وكان عامر بن حارثة لقب بماء السماء لكرمه وقالوا انه
كان يقيم ماله في القحط مقام القطر وسميت ام المنذر بن امرء القيس بماء السماء لحسنها وجمالها
وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق واما اذا نسبه الى عمه وخاله ورابه فلانه
ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية
عن اسرائيل وبنيه عليهم السلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله ابائك ابراهيم
واسماعيل واسحاق وابراهيم كان جده واسحق اباه واسماعيل عمه وقال تعالى ورفع ابويه
على العرش يعني اباه وخالته وقال عليه الصلوة والسلام الخال اب وقال تعالى حكاية عن نوح
عليه السلام ان ابني من اهلي قيل انه كان ابن امراته ونسبته الى المربي له الكتاب دون زوج الام
تشير الى ان العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب
ان لا يحد **قال** ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة فطلب الوالد والولد
او ولده اي ولد الولد حُدّ لانه قذف محصنة بعد موتها وانما للذين ذكرهم مطالبة لوقوع
القدح في نسبهم بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من
يقع القدح في نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار به لكونه علوا او سفلوا
لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول
والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالراجع الى نفسه الا ترى ان ذلك
منع قبول الشهادة لهم ودفع الزكوة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام
وروي عن محمد انه لا تثبت المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه
الشين بزنا ام امه وجوابه ما ذكرنا ان الشين يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين
ولهذا لو قذفت امه كان له ان يخاصم ولو كان كما قاله لما خاصم فكذا له ان يخاصم بقذف
ابيها بقذف ابيها اذ المعنى يشملها ولو كان الاصل المحصن او فرعه كافرا او عبدا فله ان يطالب
بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه فلا يطالب بالحد كما اذا

تناولا صورة ومعنى بان قذف نفسه بل هو اولى لانه اخف **ولنا** انه من اهل الاستحقاق
اذ الكفر والرق لا ينافيه وقذفه بنسبته محصن الى الزنا فلاذ ياخذه بالحد بخلاف
ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه يتحقق عند شرف المنسوب
الى الزنا وثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر هو يقول ان الشين يلحقه فوق
ما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع ولده فاعتبره بالكفاءة فانه لا حق في الخصو
للابعد الا مع الاقرب **ولنا** ان حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سوا بخلاف الكفاءة
فان الحق فيه باعتبار الولاية على ما قال عليه السلام الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر
الارث في القذف وهناك يعتبر بخلاف المقذوف لا يكون لاحد معه حق لان حق الخصومة
له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا يزاحمه احد في هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه حق
مع وجوده خلافا لابن ابي ليلى فيما اذا كان المقذوف غايبا هو يعتبره بموته والحجة
عليه ما ذكرنا واعتباره بموته باطل لانه بالموت بطلت اهليته ولم ترج خصومته بخلاف
ما اذا كان غايبا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عند الشافعي حتى لا يكون لابن الكافر
والعبد ولا لابنته المطالبة به وهذا مبني على ان الغالب فيه حق العبد عنده فيورث
وعندنا حق الله تعالى وثبوت الخصومة للعبد باعتبار ما لحقه من الشين كحد السرقة
فانه حق الله تعالى ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال **قال** ـــــــ
ولا يطلب ولد وعبد اباه وسيده بقذف امه لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص
بقتلهما لقوله عليه الصلوة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد اولى لعدم
التيقن بسببه وكونه حقا لله تعالى فيحتمل على انه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب
للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره
او اب ونحوه وليس بمملوك فله ان يطالب بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط
حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما ان القصاص
حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا سقط حق
بعضهم وهو لا يقبل التجزي يسقط حق الباقين ضرورة واما حد القذف فحق الله تعالى

وانما للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فلسقوط
حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب
قال ـــــــ رحمه الله ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو يعني حد
القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته
في اثنا الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى وحق العبد فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل
بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود
وانما قلنا بان فيه الحقين لانه من حيث انه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن
المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث انه شرع
زاجرا واخلا للعالم عن الفساد صار حقا لله تعالى ولهذا سمي حدا فلما تعارضت فيه
الادلة تعارضت فيه الاحكام ايضا فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح القذف بالاباحة
ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق ولا يحلف
القاذف ولا يوخذ منه كفيلا الى ان يثبته ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض
عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه الدعوى
ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على
ساير الحدود ولا يبطل بالرجوع ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارضت فيه الجهات
كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعي حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل
فيما اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم فان المقصود منه اخلاء العالم
عن الفساد فكان فيه امر كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته
بالحد يبنى على ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند
السقوط ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد
فامكن مراعاته لان ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفا
حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا امكن
فلا حاجة اليه وعن ابي يوسف رحمه الله ان العفو يصح لانها الخصومة به كموته قلنا

هو حق لله تعالى على ما بينا فلا يصح عفوه فيبطل بالعبد ان شا بخلاف موته حيث لا يطالبه
احد بعده لانه يتعلق الحق العار بالمقذوف قصدا او بغيره من الاصول والفروع تبعا
فاذا بطل حقه القصدي بالموت بطل الضمني ضرورة وقال صدر الاسلام ابو اليسر
الصحيح ان الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل
ان حد القذف حق العبد كالقصاص واجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى
بجوابه على وفق مذهبنا فقال في تفويض الاقامة الى الامام لان كل احد لا يهتدي
الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار وكذا لا يجوز
الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في معنى ملك العين وانما لا يصح عفوه لانه
مولى عليه في حق الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه في الحقيقة رضي بالعار والرضى
بالعار عار والاظهر الاول قال ولو قال زنأت في الجبل وعنى
الصعود حد وقال محمد والشافعي لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز منه
للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارقا الى الخيرات زنأ في الجبل اي صعودا
وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في البيت وكما في قوله تعالى كانما
يصعد في السما فاقل احواله ان يورث الشبهة ولابي حنيفة وابي يوسف ان ظاهر
هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر
الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين يقال
دأبة وشأبة وابياض لالتقاء الساكنين ومنهم من يهمز من غير التقاء الساكنين كما يلينون
المهموز كراس وادم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا لو لم يعن به الصعود يجب
الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا او كان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما يعين الصعود اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسئلة مفروضة في حالة الغضب والسباب
وذلك الحال يرجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة في بمعنى كلمة على مجاز كقوله تعالى
ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا نترك الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها
ولا يسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال

زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل في الصعود وفي الكون فوقه
يقال زيد على الفرش وعليه قميص فيتعين الظاهر والمحتمل في الحدود احتيالا للدرء
قال ولو قال يا زاني وعكس حدا يعني لو قال لرجل يا زاني وعكس
الاخر بان قال لا بل انت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر
وكذا الثاني لان معناه لا بل انت الزاني لان كلمة بل للاضراب عن جعل الحكم للاول
واثباته للثاني وزيدت لا معها لتاكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا قال
ولو قال لامراته يا زانية حدت ولا لعان يعني عكست المراة بان قالت لا بل انت
على نحو ما ذكرنا فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بينا فقذفه يوجب اللعان
وقذفها يوجب الحد فيبدا بالحد لان في بدايته فايده وهو ابطال اللعان لان المحدود
في القذف ليس باهل للعان ولا ابطال في عكسه اصلا لان الملاعنة تحد حد القذف
لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان
اذ هو في معنى الحد ولا يقال قد وجد ما يوجب تقدم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها
له لانا نقول لا عبرة بذلك الا ترى ان الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة التقدم
ببدايته في بدا بالقذف لعدم الفايدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامراته
يا زانية بنت الزانية قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف امها يوجب الحد
فيبدا بالحد ليبتني اللعان على ما بينا قال رحمه الله ولو قالت
زنيت بك بطلا اي قالت ذلك جوابا لقوله يا زانية وانما بطل الحد واللعان به لان قذفها
بقوله يا زانية وهي صدقته من وجه بقولها زنيت بك لاحتمال انها ارادت به قبل النكاح
فيكون ذلك تصديقا منها بانها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ويجب عليها الحد
لانها قذفته ولم يصدقها هو ويحتمل انها ارادت حال قيام النكاح اي زناي هو الذي
كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في
مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها فتغضبه وتوذيه متمسكة بقوله تعالى الزانية
لا ينكحها الا زان والاذان ويسمه زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى

وعكست حد

وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم فعلى هذا لا يكون مصدقا له ولا قاذفا له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه
فاذا كان كل واحد منهما يجب في حال دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت
زنيت بك بدل قولها زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على كل واحد منهما الحد ولا اللعان
لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذي
ذكرنا ويحتمل ايضا معنى اخر وهو اني زنيت بحضورك وانت تشهد فلا يكون قذفا لها ولو
قالت زنيت بك قبل ان اتزوجك يحد المراة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها
صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها ولو كان ذلك كله مع امراة
اجنبية حدت المراة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه
مع الزوجية قال ———— وان اقر بولد ثم نفاه لاعن لانه نفى ولد امراته فوجب
اللعان لما ذكرنا في باب اللعان ولا يوجد ما يبطل ذلك من تصديق او تفريق
قال ———— وان عكس حد اي قال عكس الاول بان نفاه اولا ثم اقر بانه
ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما اقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه
نفسه وهذا لان اللعان حد ضروري صير اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب
صير الى الاصل وهو الحد قال ———— والولد له فيهما اي يثبت نسب الولد
منه في الوجهين لاقراره به سابقا ولاحقا وليس من ضرورة اللعان نفي نسبه نظيره
ما مر من اللعان فيما اذا ولدت توامين فاقر باحدهما ونفى الاخر قال ————
ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا اي بطل الحد واللعان لانه انكر الولادة اصلا فيكون
انكارا للزنا بل هو انكار للوطي فلا يجب بمثله حد ولا لعان وهذا لو قال لاجنبي لست
بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه شي قال ———— ومن قذف امراة لا
يدرى ابو ولدها او لاعنت بولد او رجلا وطي في غير ملكه او امة مشتركة او مسلما زنى في كفره
او مكاتبا مات عن وفا لا يحد لوجود الشبهة او لفقد شرط من احصان المقذوف اما اذا
قذف امراة معها ولد لا يعرف له اب او امراة لاعنت بولد فلوجود امارة الزنا لان

له ابتدآء

اب

الولد

لان الولد الذي ليس له اب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن من احصانها شبهة العدم
لفوات العفة ظاهرا والحدود تندرئ بالشبهات ولا فرق بين ان يكون الولد حيا
او ميتا لان هذه الشبهة لا تزول بموت الولد بل تتقرر ولا تخرج هي من ان تكون
والله بموته بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد قاذفها لعدم امارة الزنا لان
اللعان قائم مقام حد القذف من جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان من
جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها
قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان لعان الزوج قائم مقام حد
القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها الا ترى ان شهادته تقبل اذا كان محدودا
في حق الكل لما قبلت ولان لعانه قائم مقام حد القذف فيكون مؤكدا لاحصانها ولو اكذب
نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه واما اذا قذف رجلا
وطي غير ملكه او امة مشتركة لفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل ان كل من
وطي وطيا حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره
حد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه كالاجنبية او من وجه كالامة
المشتركة او في الملك والحرمة مؤبدة كامته التي حرمت عليه بالرضاع او بالمصاهرة بشرط
ان يكون ثبوتها بالاجماع او بخبر مشهور عند ابي حنيفة يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه
لانه التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم يناف ملك الرقبة فصار الوطي واقعا في غير
الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخي انه لا يسقط الاحصان به لان الوطي حرم مع قيام
الملك كما لو كانت الحرمة موقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة
لان المحل لا يتصور فيه الحل فيكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة موقتة لان
المحل فيه يقبل الحقيقة فتكون شبهة ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد بوطيها وعلى اعتبار
ما قلتم هنا ينبغي ان يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول
وجود الملك من وجه اثر في سقوط حد الزنا كما اثر عدمه من وجه في سقوط الاحصان حتى
يجب على قاذفه حدها فاستوى الحكمان وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه

فباعتبار الملك لا يجب الحد عليه بوطيها وباعتبار عدم الملك لا يجب الحد عليه بوطيها وباعتبار عدم
الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة
والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامراة ثم اشترى امها او بنتها او تزوجها فوطيها او زنى ابوه
بامراة ثم تزوجها الابن او اشتراها فوطيها لان حرمة المصاهرة بالوطي منصوص عليه بقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فلا يعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها او جمع بين الاختين
او غيرهما من المحارم او تزوج امة على حرة فوطيها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتها بالاجماع
او بالنص وان كانت الحرمة غير موبدة كامته المزوجة او المجوسية لا يسقط احصانه بوطيها وكذا
اذا اشترى امة شراء فاسدا او كانت في ملكه اختان فوطيهما او احداهما او وطي مكاتبته
او الحائض او امراته التي ظاهر منها او المحرمة كل ذلك لا يسقط الاحصان لان ملك المنفعة ثابت فيهن
والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امراة او لمسها بشهوة ثم تزوج امها او بنتها
او اشتراها فوطيها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط لثبوت الحرمة به على التابيد
فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطي وله ان هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل وهو خبر الواحد او نوع
اجتهاد من حيث اقامة السبب مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به الاحصان الثابت بيقين
بخلاف ما اذا ثبتت المصاهرة بالوطي على ما بينا واما اذا قذف مسلما زنى في حال كفره فلانه
صادق فيه وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان او ذميا في دار الاسلام او في دار الحرب
فيسقط به احصانه واما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة في حريته لان
الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا او عبدا فاورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا
فلا يثبت بالشك قال وحد قاذف واطئ امة مجوسية وحائض ومكاتبة
ومسلم نكح امه في كفره لما ذكرنا ان ملكه في هذه الاشياء ثابت وفيمن تزوج امه او غيرها
من المحارم في حالة الكفر خلاف ابي يوسف ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبني على ان
نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه في نكاح المجوس محارمهم وفي المكاتبة خلاف
ابي يوسف هو يقول وطيها حرام على المولى وانما يسقط عنه الحد للشبهة لان الحرمة ثابتة
بخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطيها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز

ع

عتقها

عتقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافي الحل فكيف ينافي الشبهة قال
ومستامن قذف مسلما وكان ابو حنيفة اولا يقول لا يحد لان الغالب فيه حق الله تعالى فصار كساير
الحدود ثم رجع الى ما ذكرنا ووجهه ان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه
التزم ان لا يوذيه وموجب اذاه اذا ادى طمعا في ان لا يوذى قال ومن
قذف او زنى او شرب مرارا فحد فهو لكله لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى اخلاء العالم
عن الفساد والانزجار عن مباشرة سببه في المستقبل وهو يحصل بحد واحد ويحتمل حصوله
فخلي الثاني عن المقصود او يحتمله فيتمكن فيه شبهة فوات المقصود فلا يشرع اذ الحدود
تندرئ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد حدا منها لعدم
حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنا صيانة الانساب
ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا
ما قصد بشرعه وهذا لو ضرب للقذف الا سوطا ثم قذف اخر في المجلس فانه يتم الاول
ولا شي عليه للثاني للتداخل ولو ضرب للزنا او للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى او شرب
ثانيا حد حدا مستانفا ولو كان ذلك في القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضي يتمم
الاول ولا شي للثاني وان حضر الثاني وحده يجلد حدا مستانفا للثاني ويبطل الاول
ولو قذف عبد فاعتق ثم قذف اخر فاخذه الاول فضرب اربعين ثم اخذه الثاني يتم له
ثمانون وقال الشافعي ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة او
بزنا واحد وهذا مبني على ان المغلب فيه عنده حق العبد ولا تداخل في حقوق العباد
وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكي ان ابن ابي ليلى كان قاضيا بالكوفة
فسمع يوما رجلا يقول عند باب بجيلة يا ابن الزانيين فامر باخذه فادخل المسجد فضربه
حدين ثمانين ثمانين لقذف الوالدين فاخبر ابو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلدنا
قد اخطا في مسئلة واحدة في خمسة اوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا
يجب عليه الا حد واحد ولو قذف الفا والى بين الحدين والواجب ان يفصل بينهما بيوم او
اكثر وحده في المسجد وقد قال عليه الصلوة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل

حدا

حـ
تخريج ابو حنيفة على حكم
ابن ابي ليلى في الحدود

شبهتكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي ان يكشف ان المقذوفين حيين او ميتين لتكون الخصومة اليهما او الى ولدهما وان اجتمعت على واحد اجناس مختلفة بان قذف وزنى وسرق وشرب يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرا من الاول فيبدا بحد القذف اولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شا بدا بحد الزنا وان شا بالقطع لاستوائهما في القوة اذ هما يثبتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه اضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص يبدا بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ما ذكرنا

فصل في التعزير

لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في زواجر غير مقدرة اذ هو محتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن الاية وقال عليه الصلوة والسلام لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه الصلوة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجمعت الامة على وجوبه في كبيرة لا توجب الحد او جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذان وقد يكون بالكلام العنيف او بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وليس فيه شي مقدر وانما هو مفوض الى راي الامام على ما يقتضي جناياتهم فان العقوبة تختلف باختلاف الجناية فينبغي ان يبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا اصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع او جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا الاجنبية ينظر في احوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن ابي يوسف ان التعزير باخذ الاموال جائز للامام وسبيل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امراة احل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المراة حل له قتلها ايضا وفي المنية اي

رجلا امراة تزني بها او مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمراة جميعا **قال** ومن قذف مملوكا او كافرا بالزنا او مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا ماوى الزواني او اللصوص يا حرام زاده عزر لما روينا ولانه اذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امراته او محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امراته مع غلام بالغ او مع مزارعه الى الضيعة او ياذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا العذر من قال يا معارف وهو ليس كذلك او يا ابن الفاسق او يا ابن الكافر او النصراني او قال للمراة يا قحبة وهي لا تكون همتها ذلك الفعل **قال** يا كلب يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغا يا مواجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا كذب يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا موسوس لا اي لا يعزر بهذه الالفاظ كلها لان من عادتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة او الحرص او نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة الا ترى انهم يسمون به ويقولون عاصم بن حمار وسفيان الثوري وابو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف وكل احد يعلم انه ادمي وليس بكلب ولا حمار ولان القاذف كاذب في ذلك • وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شيئا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك

قال • واكثر التعزير تسعة وثلثون سوطا وفي رواية عن ابي يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون وفي رواية عنه انه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير المحصن او المحصن بغير الزنا من حد القذف وصرفا الكل نوع من نوعه وعنه انه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول محمد فيه مضطرب فانه ذكر في بعض النسخ مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام

كذلك

من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فيعد تبليغه حدا بالاجماع غير ان ابا حنيفة اعتبر
ادنى الحدود وهو حد العبيد لان مطلق ما روينا يتناوله واقله اربعون وابو يوسف اعتبر
حد الاحرار لانهم هم الاصول واقله ثمانون فنقص عنه سوطا وفي رواية خمسة روى ذلك عن علي
انه فعله فقلده او اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم كالحد فقرب الجرم
الكبير من اكثر الحدود وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا واجمعوا على ان العبد
لا يبلغ به اربعين **قال** واقله ثلثة اي اقل التعزير ثلث جلدات
وهكذا ذكره القدوري فكانه يرى ان ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف
الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى راي القاضي يقيمه
بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا رحمهم الله **قال**
وصح حبسه بعد الضرب اي جاز للامام ان يحبسه بعد ما ضربه للتعزير لانه عجز عن الزيادة
من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له ان يضم الحبس اليه
اذا راى فيه مصلحة وهذا لانه يصلح تعزيرا ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة
في التعزير لكونه اقصى عقوبة فيه فيلزم التسوية بينها وبين التحقق فاذا صلح تعزيرا
ابتداء وهو مشروع على ما روينا من قبل جاز المصير اليه عند تعذر الضرب كما يجوز زيادة
الضربات فيه لان تقديره اليه **قال** واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه
التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يودي الى فوات المقصود وهو الانزجار
ويتقى المواضع التي تتقى في الحدود وروي عن ابي يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط
ثم ذكر في حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفي اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع
واحد وليس في المسئلة اختلاف رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول
اذا بلغ بالتعزير اقصاه وموضوع الثاني اذا لم يبلغ **قال** ثم حد الزنا
لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ولان جنايته اعظم لان حرمته لا تنكشف
بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والزنا يودي الى قتل النفس بان يتخلق منه ولد لا
اب يربيه فيهلك ولتفاحشه شرع فيه الرجم بخلاف شرب الخمر فاذا كانت جنايته اعظم كانت عقوبته اشد

قال ثم الشرب ثم القذف اي ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية
الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية القذف غير مقطوع
بها لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعجز عن اقامة البينة لا يدل على عفة المقذوف
فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة على التابيد فتخفيف
الضرب لا يودي الى فوات المقصود ولان الشارب قل ما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين
الجنايتين والى ذلك اشار علي رضي الله عنه بقوله واذا هذى افترى فيغلظ عليه
قال ومن حد او عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته
لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلوة والغسل والخروج من البيت
وقال الشافعي رضي الله عنه تجب الدية في بيت المال اذ الحد والتعزير للتاديب فاذا هلك كان
خطا من الامام وضمان خطائه فيما يقيمه من الاحكام في بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين
فيكون الغرم في مالهم وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة
كالمرور في الطريق ورمي الغرض ونحوه **ولنا** ان الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ هو مامور
به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وكما لو تترس الكفار بالمسلمين
بخلاف المرور في الطريق وضرب الرجل امراته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة
ولانه فعل بامر الشرع فيكون منسوبا الى الامر فكانه اماته حتف انفه فلا يضمن وقوله بخلاف
الزوج اذا عزر زوجته الى اخره يشير الى انه يجوز له ان يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان
واجب عند التلف وان ضربها لغير هذه الاشياء وذكر في المحيط وفي شرح المختار انه يجوز له
ان يضربها على ترك الزينة وعد مثل ما ذكر هنا ولم يذكرا فيه ترك الصلوة وعللا لجواز الضرب
بانه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فيعزر على المخالفة وذكر في النهاية انه انما يضربها لمنفعة تعود
اليه لا لمنفعة تعود الى المراة الا ترى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلوة وله ان يضرب ولده
على ترك الصلوة واورد في النهاية على ما ذكرنا ما اذا جامع امراته فماتت من الجماع او افضاها حيث
لا يجب عليه شيء عند ابي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة ثم اجاب
بان قال انما لا يجب هنا لكن الضمان لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية

بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعداه
الى المحيط وروي عن ابي يوسف ان القاضي اذا لم يؤد في التعذير على مائة لا يجب عليه الضمان
اذا كان يرى ذلك لانه قد ورد ان اكثر ما عزر وه مائة فان زاد على مائة فمات يجب نصف الدية
على بيت المال لان ما زاد على المائة غير ما دون فيه فحصل القتل بفعل ما دون فيه وبفعل غير ما دون
فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين او رجل وامراتين لانه من جنس حقوق العباد
ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه ويشرع في حق الصبيان والتكفيل والله اعلم

باب السرقة

رحمه الله وهو اخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان او حافظ والمعتبر
ان تكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط ان تكون ملك رجل واحد بعد ان كانت سرقة
واحدة حتى عشرة بجماعة قطعوا ولا فرق في ذلك بين ان تكون مشتركة بينهم فياخذها
جملة وبين ان يكون لكل واحد منهم في كيس فياخذ من كل كيس درهما قبل ان يخرج من الدار فيخرج
بها جملة لان السرقة تتم بالاخراج من الدار فيعتبر الاتحاد عنده هذا في الشريعة وفي اللغة
اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم على
غرة منه وقد زيد عليه اوصاف في الشريعة على ما بيناه والمعنى اللغوي هو الاستتار مراعى فيه
ابتداء وانتهاء اذا كانت بالنهار او ابتداء لا غير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار
واخذ المال من المالك مكابرة جهارا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع
القطع في اكثر السراق لا سيما في ديار مصر بخلاف ما اذا كانت في النهار لانه وقت يلحقه الغوث
فيه وهي نوعان سرقة صغرى وكبرى فالصغرى لسارق فيها عين المالك او من يقوم مقامه
في الحفظ وشرطها ان تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق واخرجه
من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم انه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بان صاحب
الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر والكبرى يسارق فيها عين الامام ومن يقوم مقامه في الافاق
لانه هو المتصدي لحفظ الطريق وقوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة
وزنها عشرة او اكثر وقيمتها اقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا

والفرق بينهما ان الحدود تندرئ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح
كيف ما كان وعلى هذا اواني الفضة والزيوف اذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها اقل او قيمتها
عشرة ووزنها اقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول اصح ويثبت القيمة
بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لانه باب الحدود فلا يثبت الا بما يثبت به السرقة والمعتبر فيه
وزن سبعة كما في الزكوة وقد بيناه هناك وقال الشافعي نصابه مقدر بربع دينار وقال مالك
بثلاثة دراهم لما روي انه عليه الصلوة والسلام قطع في مجن ثمنه ثلثة دراهم رواه الجماعة
وفي لفظ قيمته ثلثة دراهم غير ان الشافعي قال كانت قيمة الدينار على عهد النبي صلى الله عليه وسلم
اثني عشر درهما والثلثة ربعها والربع هو المعتبر الا ترى الى قول عائشة رضي الله عنها
فيما رواه الجماعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع السارق في ربع دينار فصاعدا وفيما
رواه البخاري انه عليه الصلوة والسلام قال يقطع يد السارق في ربع دينار قلنا قال ابن عباس
وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم
وقال عليه الصلوة والسلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع
اتفاقهم ان النصاب مقدر به مال مالك الى الاقل للتيقن به ومال اصحابنا الى الاكثر للتيقن
به لان احدا لم يقل ان العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك اذ الحدود
تندرئ بالشبهات ويؤيده ما رويناه من المرفوع وقالت الظاهرية يقطع السارق بمطلق السرقة
وليس له نصاب مقدر لاطلاق الكتاب قلنا هو مقيد بالمال فكذا بالنصاب لما رويناه
وحكيناه من الاجماع وما روي انه عليه الصلوة والسلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع
يده ويسرق الحبل فتقطع يده المراد به بيض الحديد والحبل النفيس الا ترى الى قول الاعمش
وهو الراوي لهذا الحديث كانوا يرون انه بيض الحديد وان من الحديد ما يساوي عشرة
قال فيقطع ان اقر مرة وقال ابو يوسف لا يقطع الا اذا اقر مرتين
في مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود اصله الاقرار بالزنا
ولهما ان الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة باطل
لان الزيادة فيها تفيد تقليل تهمة الكذب ولا تهمة في الاقرار فلا تفيد شيئا ولا يقال

س

دراهم

يحتمل ان يرجع فيؤكد بالتكرار والرجوع عنه في حق المال لا يصح لان صاحب الحق يكذبه
وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما
قال ـــــ او شهد رجلان لانه من الحدود فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال
ويجب ان يسال الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها ويسال الشهود عن زمانها
لزيادة الاحتياط لانه يلتبس على كثير من الناس فانها تطلق على اشيا على الاستماع
خفية وعلى تخفيف الصلوة على ما قال عليه الصلوة والسلام اسوا الناس سرقة من يسرق
من صلاته وكذا تختلف باختلاف الاحوال فان من يدخل بيته من النقب ومن طاقه وياخذ
شيا او في دار الحرب او بليل او اذن له في دخوله او كان المال في بيته او لم يكن في حرز لا يقطع
وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال اذا كانت ببينة وكذا ينبغي ان يسال عن المسروق
منه هل هو اجنبي او قريب من السارق او زوج لانه يحتمل جميع ذلك فلا بد من ازاحة هذه الشبهة
لانه مبني على الدرء ما استطيع ويحبسه الى ان يسال للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا
قال ـــــ ولو جماعة والاخذ بعضهم قطعوا اذا اصاب لكل نصاب اي لو سرق
جماعة وتولى الاخذ بعضهم قطعوا اذا اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لان المعتاد بين
السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع
القطع في اكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا استحسانا
سدا للباب سوا خرجوا معه من الحرز او بعده في فوره او خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك
يحصل التعاون وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل
وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن الباقين
وقال ابو يوسف ان تولى الاخذ الصغير او المجنون لا يجب عليه القطع وان اخذ الكبار العقلا
وجب لان الاخذ هو الاصل والردء تبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف
العكس **قلنا** ـــــ الحامل لا يتمكن من الخروج الا بقوة الردء فصاروا مباشرين معنى
على ما عرف تمامه في السرقة الكبرى وشرط ان نصيب كل واحد منهم نصاب اذ لا قطع فيما دون
النصاب وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا

اشتركوا

اشتركوا اجرى على جميعهم كالقصاص قلنا القصاص يتعلق بسبب لا يتجزى وهو ازهاق
الروح فيضاف الى جميعهم بخلاف السرقة **قال** ـــــ ولا يقطع بخشب
وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة والاصل فيه انه لا يقطع فيما
يوجد تافها مباحا في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله عنها كانت الايدي لا تقطع على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشي التافه اي الحقير وما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل
بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يختفى اخذه عادة ولا حاجة
الى شرع الزاجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ولهذا
يلقى بعضها في الابواب بل في الشوارع كالخشب ونحوه وبعضها يتغلب ويفر والصيد فتنقص
الرغبات فيه كما تنقص في القليل ومثله لا يشرع الزاجر ولان الشركة العامة التي كانت
في هذه الاشيا قبل الاحراز تورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة والحدود تندرئ
بها ويدخل في الطير جميع انواعه حتى البط والدجاج وفي السمك الطري والمالح وقال الشافعي
يقطع في كل الاشيا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق
مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الاسلام مباحا لا تاثير
له كالعبد والزجاج والذهب والفضة **ولنا** قوله عليه الصلوة والسلام الناس شركا في ثلث
الكلا والما والنار اثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت الشركة بالاحراز حقيقة يورث
شبهة وهي دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وكذا قوله عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذه
يورث شبهة فاذا ثبتت الشبهة في هذه الاشيا وهي توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في
امثالها واما الذهب والفضة واللولو والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقهما على
الصورة التي يوجد مباحة لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب
يقطع لانها ليست بتافهة جنسا فان كل من تمكن من اخذه لا يتركه فقدا علامته ولا يقطع في الرخام
ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح **قال** ـــــ وفاكهة رطبة او على شجر
ولبن ولحم وزرع لم يحصد وطنبور والاصل فيه ان سرقة ما يتسارع اليه الفساد او المعازف
او السرقة من غير حرز لا يوجب القطع لقوله عليه الصلوة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر رواه

ابو داود وغيره والكثر الجمار وهو شئ ابيض لين يخرج من راس النخل ومن قال الكثر
الحطب او صغار النخل فقد اخطأ ذكره المطرزي وذكر الجوهري ان الجمار شحم النخل
والمراد بالثمر ما يتسارع اليه الفساد وهو الرطب وسئل عليه الصلوة والسلام عن التمر
المعلق قال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فليس عليه ومن خرج بشئ منه
فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن
فعليه القطع رواه النسائي وابو داود والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب
ليجف والجران الموضع الذي يحصد فيه العنب او الثمر ولان الفاكهة على الشجر والزرع
الذي لم يحصد ولم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد
منه لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب وكذا الرطب في المختار لانه يخاف
فيه الفساد من وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة
وبما يتسارع اليه الفساد من الاطعمة والاشربة لما روينا قلنا اخرجه على وفاق
العادة لان ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة ونحن نقول به اذا سرقه في غير
ايام الغلاء والقحط لا يقطع في الطعام للضرورة ذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل
بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع الى الفساد وهو مال بالاجماع
وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها
اختلاف بين العلماء فاورث شبهة وفي المعازف يتأول الكسر وهو جائز عند بعضهم لانه
لانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر قال ومصحف ولو محلى وقال
الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لانه مال متقوم محرز حتى يجوز بيعه
وعن ابي يوسف انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها
ولنا انه ليس بحرز للتمول واخذه يتأول القراءة فيه وهذا لان المقصود في المصحف
القراءة لا الكاغذ والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها
فصار ذلك شبهة وهذه الاشياء اتباع ولا معتبر بالتبع لمن سرق انية فيها خمر او نبيذ
او غيره مما لا يوجب فيه القطع وقيمة الاواني تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيها لما انها تبع فاذا

لم يعتبر الاصل فاولى ان لا يعتبر التبع وهي على الخلاف فلا يلزم الالزام وعلى هذا الخلاف
لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه فضة او ذهب مضروب يزيد على النصاب لان
المقصود هو الثوب فكان هو المنظور اليه بخلاف ما اذا سرق منديلا فيه صرة فيها ذلك حيث
يقطع اجماعا لان المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتبرا اذ هو المقصود بالاخذ
وفرقوا في مسألة الثوب بين ان يكون عالما بما صر فيه وبين ان لا يكون عالما به فاوجبوا
القطع في العالم به دون غيره ولم يفرقوا في مسألة الاواني ولو شرب الخمر في الدار واراق
ثم اخرج الانية يقطع اجماعا قال وباب مسجد لعدم الاحراز كباب
الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها بخلاف باب المسجد قال
وصليب ذهب وشطرنج ونرد لان من اخذها يتأول الكسر كما في المعازف بخلاف الدراهم
التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيها تأويل الكسر وعن ابي يوسف
اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز يقطع لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني
قال وصبي حر ولو معه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له
فلا يعتبر ولانه يتأول الاسكات وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي يساوي النصاب
وقد بينا الوجه من الجانبين في المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع
اجماعا وان كان عليه حلي لانه خداع وليس بسرقة لما ان له يدا على نفسه وما في يده
قال وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفتر الحساب لان سرقة
العبد الكبير غصب او خداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه وهو مال فيتحقق فيه
السرقة والمراد بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر واستحسن
ابو يوسف في غير المميز ايضا انه لا يقطع لانه ادمي وان كان مالا من وجه وهما اعتبرا جهة
المالية فيه لوجود حد المالية فيه ولو كانت قيمته اقل من النصاب وفي اذنه شئ يبلغه يقطع
باعتبار الضم وفي الدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر الحساب
لانه غير محتاج ما فيها اذ لا نفع فيه لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغذ وفي دفاتر الادب
روايتان في رواية يلحق بالحساب لانه غير محتاج الى الاخذ ليس فيه احكام وفي رواية يلحق

بالاحاديث والتفاسير والفقه فلا تقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة التفسير والاحكام
ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعدي وهي حيلة لوقفها الحاج ولا تقصد بالنزول
فصارت كغيرها من الدفاتر قال ——— وكلب وفهد لان جنسهما يوجد مباح
الاصل غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلما في مالية الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب
طوق ذهب او فضة لا القطع ثم بادوا يعلم لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلي
قال ——— ودف وطبل وبربط ومزمار لان هذه الاشيا لا قيمة لها عندهما
ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف
باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن باعتبار مقصوده وهو اللهو اورث شبهة لان الاخذ يتاول
النهي عن المنكر فيكفي ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف او الطبل للغزاة
اختلف المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لا ذهاب الصعوبة وقيل لا يقطع لانه يصلح
لغيره من اللهو فاورث شبهة قال ——— رحمه الله وبخيانة ونهب واختلاس
لما روي عن جابر انه عليه الصلوة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه
احمد وابو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاختفا شرط القطع وعدما في
الاول ولم يوجد الثاني في الاخيرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع وما روي انه
عليه الصلوة والسلام قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده محمول على انه منسوخ بما روينا
او على انه سياسة لتكرر الفعل منها قال ——— رحمه الله ونبش اي لا قطع
بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي يقطع به وهو قول ابي يوسف
لقوله عليه الصلوة والسلام من نبش قطعناه ولانه سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله
فوجب القطع به اعتبارا بسائر انواع الحرز ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا قطع على المختفي وهو
النباش بلغة اهل المدينة ولان تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل
واحد منها يمنع القطع اما الاول فلان السرقة اخذ المال على وجه يسارق عين حافظ قصد
حفظه لكنه انقطع حفظه لعارض كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه
وانما يسارق عين من لعله يجيء عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم اخر ولا يسمى سارقا

فلا

فلا يتناوله اية السرقة واما الثاني فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه لان الملك عبارة عن
الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه واما الثالث فلان المال
عبارة عما تميل النفوس ويضن به وهو مخلوق لمصالح العباد والطباع السليمة تنفر عنه
فضلا عما يضن به واما الرابع فلانه ليس بمحرز بالميت لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره
ولا بالقبر فانه حفرة في الصحرا فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مال اخر غير الكفن لا يقطع
سارقه واما الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه
الجناية نادرة فلا تحتاج الى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في اخره
من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه ولا يكاد يثبت هذا ابدا ولئن ثبت فهو محمول
على السياسة فيبنى اعتقاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا راى الامام فيه مصلحة والذي يدل
على ذلك ان نباشا اتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعزره اسواطا
ولم يقطعه ولو كانت الاية تتناوله او كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو الى مشاورة
ولا كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روي فيه من اختلاف الصحابة ارتفع باجماع من كان
في عصر منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وانما يختلف
باختلاف الاجناس كما اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤا لا يقطع وكذا
لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهما حصين في حق الدابة
والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا اخر
غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرز الكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز
لا يختلف في جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا ولما وجب الضمان على الاب
والوصي في مال الصغير ولم يقل احد بوجوب الضمان عليهما اذا كفنا الصغير بماله فكان
حرزا ضرورة لانا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا اخر غير الكفن يدفن فيه وانما لا يضمنا
بالتكفين لانه صرف الى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كالقا البذر في الارض وذبح الشاة
للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر في بيت مقفل لا يقطع في الاصح لما بينا من
الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا اخر غير الكفن لانه يتناول بالدخول فيه زيارة القبر

صوابه الادمي

وكذا اذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي ان لا تقطع السارق من بيت فيه الميت لا تتاول بالدخول فيه تجهيزه وهو الظاهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة

قال وما لعامة او مشترك • اي لا تقطع في مال بيت المال او في مال للسارق فيه شركة حقيقة او شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فاورث ذلك شبهة والحدود

قال ومثل دينه اي لا يجب عليه القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه ولذا ذكر من غير رضا من عليه اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع استحسانا لان دينه ثابت في ذمته والتاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بقدر حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع في الصحيح لان النقدين جنس واحد حكما ولهذا كان للقاضي ان يقضي به دينه من غير رضا المطالب ويضم احدهما الى الاخر في الزكاة وان كان عرضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فان عند ابن ابي ليلى له ان ياخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا بحقه فاورث الشبهة • قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعاه درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد

قال رحمه الله وبشيء قطع فيه ولم يتغير اي لا تقطع بسرقة شيء كان قد سرق من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حالته الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه او نحو ذلك ثم سرق فقطع فيه ثانيا والقياس ان يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف لقوله عليه الصلوة والسلام فان عاد • فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصوما كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى بل اولى لتقدم الزاجر ولا اشكال في عصمته الا ترى انه يضمنه بالغصب وبالاتلاف فصار كما اذا تغير عن حاله او باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقا للعبد على ما تبين من قريب ان شاء الله تعالى وبالود الى

المالك

٢٧

المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين وقيام السبب الموجب لسقوط عصمة ذلك المال وهو القطع في ذلك المال فاورثت شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية لان تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود في القذف المقذوف الاول لان المقصود هو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل بالاول فلا حاجة الى الثاني بخلاف ما اذا تغير عن حاله لانها صارت كعين اخرى حتى تبدل اسمها ويملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كانها تبدلت حقيقة اصله حديث بريرة انه عليه الصلوة والسلام قال هو لها صدقة ولنا هدية فان قيل حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب ان يكون حد القذف كذلك قلنا حد الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فان المشروب في الثاني غير المشروب في الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت وجب عليه القطع ثانيا على ما بينا ولان حد الزنا لا يسقط به عصمة المحل وبحد السرقة تسقط فلا يعود الا بالتغير عن تلك الحالة ولان هذا الحد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة

قال ويقطع بسرقة العاج والفنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار انه لا قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج لان المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل في المصنوع يقطع لانه مال نفيس لا يتسارع اليه الفساد بالتقصير في الاحتراز غالبا ويقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص

قال والاواني والابواب المتخذة من الخشب لان الصنعة فيها غلبت على الاصل والتحقت بالصنعة بالاموال النفيسة حتى

نفاعف قيمتها وخرجت من ان تكون تافهة ولهذا تحرز بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا تحرز حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية والعبدانية والاواني التي تتخذ للبن والماء من الحشيش ثم السودان تقطع فيها لما ذكرنا وانما تقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الباب لا تقطع فيها لانها لا تكون محرزة به بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال ويصير المال به محصنا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب

فصل في الحرز قال رحمه الله

ومن سرق من ذي رحم محرم لا برضاع ومن زوجته ومن زوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت اذن في دخوله لم تقطع لوجود الشبهة في كل واحد منها اما الاول فهو ما اذا سرق من ذي رحم محرم منه فلانبساط في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير استيذان واباح الشرع النظر الى موضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الاصول والفروع وتجب نفقته فيه اذا كان فقيرا فكانت الشبهة فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لانه بالاخذ من ماله على وجه السرقة عاداه فلم يبق صديقا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي لانه يلحقها بالاجانب وقد بيناه في النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا تقطع لعدم الحرز وبالعكس تقطع لوجوده وينبغي ان لا تقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وانما تقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن ابي يوسف انه لا تقطع اذا سرق من امه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة من غير استيذان بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى قلنا كل ذلك لا يشتهر فلا يوجب البسوطة والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا ولهذا يقطع اذا سرق من اخته من الرضاع واما اذا سرق احد الزوجين من الاخر او سرق العبد من سيده او زوجة سيده او زوج سيدته فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز ولو ابانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم دفع الامر الى القاضي لا تقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا وهبها ثم ابانها حيث

لا يكون

لا يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امراته المبتوتة في العدة او سرقت هي منه لا تقطع فيها لان الخلطة بينهما باقية اذ الدخول مباح للاطلاع صيانة لمائه او لوجوب السكنى عليها حتى تعتكف وقيل تقطع اذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه محرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من اجنبية او امراة من اجنبي ثم تزوجها في تلك الحال بخلاف ما اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعترض شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع بخلاف الوصية حيث تعتبر في حالة الموت لا غير لما عرف في موضعه وعن محمد انه اذا تزوجها بعد القضاء يقطع وكذا لو سرق احدهما من حرز الاخر لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة ذلك انها بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فالنفس اولى ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للاخر والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا تقطع ان سرق لا يقطع فيها المولى كالسرقة من اقارب المولى وغيرهم لانه ماذون له بالدخول عادة في بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه كالقن لانه عند ما بقي عليه درهم وكذا الماذون له في التجارة واما اذا سرق من مكاتبه فتحققت الشبهة واما اذا سرق من ختنه وصهره فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يقطع لان العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا استيذان فتمكنت الشبهة في الحرز ولهما انه لا شبهة في ملك البعض لانها تكون بالقرابة ولا قرابة والحرمة بالمصاهرة كالحرمة بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة واما اذا سرق من مغنم فلما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل يسرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال له ان فيه نصيبا واما اذا سرق من الحمام او بيت اذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن في الدخول وعن ابي حنيفة انه اذا سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام تقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده والفرق على الظاهر ان الحمام بني للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء والاثري انه اذا سرق من الحمام في وقت لا يؤذن للناس فيه تقطع وفي المسجد لا يقطع مطلقا وحوانيت التجار والخانات كالحمام لانها بنيت للاحراز والاذن تختص بوقت التجارة ثم لا بد من الحرز لان الاختفاء لا يتحقق دونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق والحوانيت

من تحت راسه ح

ذلك وحرز بالحافظ لمن جلس على الطريق او المسجد وعنده متاعه وهو محرز به وقد قطع رسول الله
صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ
في الصحيح لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع مع اختفائه
فيه عن اعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل حتى لو اذن
له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك
قد سقط بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا في النهار فسرق لا يقطع لانه خيانة وليس بسرقة
ولو كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكر في شرح المختار وفي المحيط النباش وهو
الذي يبيع ليغلق الباب ما يفتحه فيفتش بابا في الدار او في السوق نهارا وليس في الدار ولا في
السوق احد لم يقطع وان كان فيها احد من اهلها واخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في البدائع
واوجب القطع في الدابة من الخانات والحوانيت ليلا لا نهارا مطلقا هذا في المفتوحة وفي المغلقة
يقطع مطلقا في الاصح والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع في المحرز بالمكان لقيام يده قبله
وفي الحافظ يكتفي بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به فيتم به السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ
مستيقظا او نائما عنده في الصحيح واطلاق القدوري بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك
وقيل لا يكون محرزا في حال نومه الا اذا كان تحت جنبه او تحت راسه وجه الاول
ان المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا
ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله **قال** ومن سرق من المسجد متاعا وربه
عنده قطع لما روينا وذكرنا من المعنى **قال** وان سرق ضيف ممن اضافه
او سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لا اي لا يقطع لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا
في دخوله فصار كمنزله وكذا الدار وما فيها في يد صاحبها في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ليتحقق الاخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان لم يخرج من الدار
في الصحيح لا يجمع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغني اهل البيوت عن الانتفاع
بصحنها لانها حينئذ تكون كلها حرزا واحدا حتى لو اذن له في دخولها فسرق من البيت لا يقطع
وان كانت كبيرة فسرق منها واخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها على ما يجيء من قريب

قال

قال وان اخرجه من حجرة الى الدار او اغار من اهل الحجر على حجرة
او نقب فدخل والقى شيئا في الطريق ثم اخذه او حمله على حمار فساقه واخرجه قطع لتحقق
السرقة وفي هذه الجملة اما اذا اخرجه من حجرة الى الدار الى صحنها فلان الاخراج من الحرز قد
تحقق فيترتب عليه موجبه وهذا اذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل
وفي كل مقصورة مكان يستغني به اهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع
السكة فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل مقصورة
باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة
واما اذا اغار من اهل الحجر على اهل حجرة اخرى فالمراد به اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة
المحلة وان كانت صغيرة بحيث لا يستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون
به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا الماذون له بالدخول
فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها واما اذا نقب ودخل الى اخره فلانه هتك الحرز بالدخول
وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول الالقاء غير موجب
للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار كما لو القاه في الطريق ولم ياخذه غيره من الطريق
ولنا ان حيلة معتادة بين السراق اما لتعذر الخروج مع المتاع او ليتمكن الدفع او
الفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لان يده تثبت عليه بالاخذ
ثم بالرمي لم تزل يده حكما الا ترى ان من سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده
الى موضعه لم يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكانه رده الى يده حقيقة فاذا بقي
بيده حكما وتاكد ذلك بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم ياخذه لانه مضيع لا سارق وهذا لان
الرمي متردد بين ان يكون للتضييع لان منهم من يقصد التضييع على صاحبه وبين ان يكون
حيلة لاتمام الاخذ فاذا اخذه فقد تبين ان الرمي كان كذلك واما اذا حمله على حمار الى اخره
فلان سير الحمار مضاف اليه لسوقه ولهذا يضمن السائق ما اتلفت الدابة ولو لم يسقه
وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه ولو القاه في نهر في الدار فان كان
الماء ضعيفا واخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف اليه وان اخرجه الماء

يقول جوبه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه اخرجه بسببه ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط
قال وان ناول اخر من خارج او ادخل يده في بيت واخذ او طر صرة
خارجة من كم او سرق من قطار بعيرا او حملا اي لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز او
لعدم هتكه اما الاول وهو ما اذا ناول اخر من خارج البيت ومراده اذا نقب ودخل وناول
المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجدا في كل واحد منهما اذ الخارج منه
الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده فقد بطل بالاعتراض يد الاخر عليه
فلم تتم السرقة من كل واحد منهما وعن ابي يوسف ان على الداخل القطع على كل حال لان الهتك
تم منه فصار المال مخرجا بفعله او بمعاونته واما الخارج فان ادخل يده تقطع لوجود الاخذ
من الحرز وان لم تدخل يده ولكن الداخل اخرج يده وناوله لا تقطع لعدم الهتك والاخراج منه
وعن ابي يوسف رواية اخرى ان الخارج اذا ادخل يده واخذ المتاع تقطع لحصول المقصود
ذكرها في البدايع وهو اشبه بمذهبه على ما ياتي بيانه واما اذا ادخل يده في بيت يعني من النقب
واخذ فلما روي عن علي رضي الله عنه اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل فكيف ذلك قال ان ينقب
البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع في
الحدود فيراعى كمال السبب والشروط احتيالا للدرء والكمال جهة هتك الحرز بالدخول
فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان المتمكن فيها ادخال اليد لا الدخول
فيشترط المكن لا غير للتعذر وفيه خلاف ابو يوسف هو يقول ان السرقة اخذ المال
من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال يده كما يتحقق بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا
يعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق بينهما
وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع الا ترى انه لو سرق جوالقا فيه دراهم
من الدراهم فاخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك وان ادخل يده فاخذ يقطع لوجود
الهتك واما اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من
الظاهر فلا يوجب هتك الحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها واخذها
قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل

لوجد

بوجود الهتك ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن ابي يوسف
انه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم او بصاحبه **قلنا** لا يعتبر الحرز بالحافظ
الا اذا كان يحفظ من السرقة وبعد ما ادخل في كمه او ربطه لا يقصد حفظه وانما يقصد قطع
الطريق والاستراحة بالمشي والقعود لاعتماده عليه فلا يعتبر حافظا من غير قصد الا ترى
الى قوله عليه الصلوة والسلام لا قطع في حريسة الجبل لان مقصود الراعي الرعي دون الحفظ
وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفي المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو راقد
او قلنسوة او طرح منطقة او سيفا او سرق من امرأة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست
بخفية سرقة ولو سرق من رجل نايم قلادة عليه وهو لابسها او ملاءة لو هو لابسها او واضعها
قريبا منه بحيث يكون حافظا لها يقطع لانه اخذها خفية وسرا وله حافظ وهو النايم واما
اذا سرق من قطار بعيرا او حملا فلانه ليس بمحرز مقصودا فيتمكن فيه شبهة العدم ولا
فرق بين ان يكون معها سائق او قائد او لم يكن لان السائق او الراكب يقصد قطع المسافة
ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع **قال**
وان شق الحمل فسرق منه او سرق جوالقا فيه متاع ورب يحفظه او نائم عليه او ادخل يده في
صندوق او جيب او كمه فاخذ المال قطع لوجود السرقة من الحرز والنوم لقربه منه بحيث يعد
حافظا له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرناه من قبل

فصل في كيفية القطع واثباته قال

وتقطع يمين السارق من الزند لقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجاز التقييد
بها وقد عرف في موضعه ومن الناس من قال تقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت
الخوارج تقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها **ولنا** ما روي انه عليه الصلوة والسلام امر بقطع
يد السارق من الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه **قال** وتحسم اي تكوى
كي ينقطع الدم لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطني ولان منافذ الدم
تنسد بالكي فينقطع به فلو لم تكو ربما استرسل الدم فيؤدي الى التلف **قال**
ورجله اليسرى اذا عاد لقوله عليه الصلوة والسلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين

قال رحمه الله فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وابهامه اليسرى
مقطوعة او شلاء او اصبعان منها سواها او رجله اليمنى مقطوعة اي لا يقطع في الثالثة كما لا
يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء الى اخره وقال الشافعي رحمه الله تقطع
في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلوة والسلام من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما ذهب اليه
هو وظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما يتناول اليدين منهما ولان الثالثة مثل الاولى
في الجناية بل اقبح لتقدم الزاجر فكانت ادعى الى شرع الحد ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
حين حجهم علي رضي الله عنه بقوله اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا
يمشي عليها ولم يحتج احد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لا يثبت فان الطحاوي قال
تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا ولهذا لم يقتل في الخامسة وان ذكر فيما روي ولئن
صح فهو محمول على السياسة او على النسخ والاية لا تدل على ما ذكر لان اضافة جزئين او ما هما
كجزئين الى متضمنيهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند اهل اللغة بل يراد به التثنية
فلا يتناول الايدي واحدا من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع في الثانية
يده اليسرى ولو تناولتها الاية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو
اسم جنس ولو تناولتها الاية لقطعت ولان السارق اسم فاعل فيتناول الادنى اذ كل
السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه وبفعل واحد لم تقطع الا يد واحدة وقد تعينت
اليمين فخرجت اليسرى من ان تكون مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفي قطع
الاربع اتلاف ايضا في المعنى والقطع للزجر لا للاتلاف الا ترى انه عليه الصلوة والسلام حسم
المقطوع كي لا يهلك بخلاف القصاص لانه المنظور اليه المساواة لكونه حق العبد فيستوفى
ما امكن جبرا لحقه ولانه يندر وجوده فلا يستدعي زاجرا اذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر
وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء الى اخره لان فيه تفويت جنس
المنفعة وهو البطش او المشي بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة
او شلاء لان فوتها لا يوجب خللا في البطش ظاهرا ولو كانت يده اليمنى شلاء او ناقصة الاصابع

يقطع

يقطع في ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل
جائز قال رحمه الله ولا يضمن بقطع اليسرى من امر بخلافه اي الذي امره
الحاكم بقطع اليمنى فقطع يده اليسرى لا يضمن سواء قطعها عمدا او خطا وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطا ايضا وهو القياس والمراد هو الخطا في الاجتهاد
اما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا لزفر انه قطع يدا معصومة
والخطا في حق العبد غير موضوع فيضمنها قلنا خطا المجتهد موضوع اجماعا وهذا موضع
الاجتهاد اذ النص لم يفرق بين اليدين ولهما انه اتلف يدا معصومة ظلما عمدا فلا يعفى
وان كان مجتهدا فيه لان المجتهد لا يعذر فيما اذا كان دليله ظاهرا على ما عرف في موضعه
وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة اذ ليس في الاية تعيين اليمين والمال
يجب مع الشبهة ولابي حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه كمن شهد على غيره ببيع
ماله بمثل قيمته ثم رجع فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة
بخلاف المشهود به فكيف يتاتى اخلف قلنا كانت مستحقة اليسرى سلمت فصارت
كالحاصل له فلا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع
الضمان لانا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي فلم يخلف ما يقوم
مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبرنا بها الاخلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن في الصحيح
اذ كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا انه اخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما
بل اولى وفي الخطا كذلك على الطريقة التي اعتبرنا بها ان القاطع لا يجب عليه الضمان لانه اتلف
واخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة الاخرى وهي ان القاطع اجتهد واخطا في اجتهاده حيث
زعم ان الكتاب مطلق عن قيد اليمين لكون قطع اليسار اوفق عن الحد لان المجتهد معذور
في الخطا فلا يجب الضمان اذ القطع والضمان لا يجتمعان والمراد في الخطا هو الخطا في الاجتهاد
واما الخطا في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا ايضا هذا اذا عين له
الامام او الحاكم اليمين بان قال له اقطع يمين هذا واما اذا اطلق بان قال اقطع يده ولم يعين

لايضمن القاطع بالاتفاق لعدم المخالفة اذ اليمين ينطلق عليهما وكذا الواضح السارق
ليبان فقال هذه يميني لان قطعه بامر وهذا كله اذا كان بامر الامام واما اذا قطع بامره
احد قبل القصاص ان يقضي ولم يامر به يجب القصاص في العمد والدية في الخطا اتفاقا ويسقط
القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كيلا يؤدي الى المثلة ويجب عليه
ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال ويطلب المسروق منه شرط القطع
اي طلب المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة
والاقرار في ذلك لاحتمال ان يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع
لينتفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود من القضاء وفي البدايع
اذا اقر انه سرق من فلان الغايب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغايب وتصديقه وقيل
عندهما ينتظر وعند ابي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا معتبر بحضور
وكيله عند الاستيفاء لان الوكيل قايم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قايم مقام الغير وقال
ابن ابي ليلى لا يشترط حضوره فيهما لان الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال
الشافعي لا حاجة الى حضوره في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبنى على الدعوى دون الاقرار
والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله ولو مودعا او غاصبا او صاحب الربا
اي لو كان المسروق واحدا من هولاء لا يقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير والمستاجر
والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشرا والمرتهن والاب والوصي ومتولي الوقف
وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي لا يقطع الا بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعي
مبني على ان لهولاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعنده ليس لهم ذلك عند جحود من في يده
ما لم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقا اليد الا استردادها
فلانه لا يملكونها مع انتفايها اولى واخوي وزفر رحمه الله يقول لهم ان يخاصموا ضرورة استرداد
المال الى الحفظ الواجب عليهم فلا يظهر في حق القطع وهذا لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة
والنيابة لا تجزي في الحدود لاحتمال ان يقر له اذا حضر على ما مر ولهذا لا يقطع باقراره مع
غيبة المسروق منه ولانهم يملكون الخصومة للصيانة ولو اظهرناه في حق القطع لفاتت

الصيانة

٤٧

الصيانة اذ بالقطع يبقى المال غير معصوم ولهذا لا يضمن بالهلاك ولنا ان السرقة موجبة للقطع
بنفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية بنا على خصومة معتبرة فيستوفي القطع وهولا
يد صحيحة وهي مقصودة كالملك فاذا ازيلت كان لهم ان يخاصموا عن انفسهم لاسترداده اصالة
لا نيابة لانه ان كان امينا لا يتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من اسقاط
الضمان عن نفسه باعتبار حقه ولهذا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره بان يقول سرق
مني بخلاف الوكيل من هذه المعاني اذ لم يكن له يد ولا يستغني عن اضافته الى موكله ولا يخاصم باعتبار
حقه فاذا كان اصيلا في الخصومة وجب الاستيفا عند الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع
خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص واما الاقرار فقد ذكر في البدايع انه لا ينتظر فيه حضوره
استحسانا فلنا ان نمنع ولين سلم ففيه شبهة زايدة وهي جواز ان يرد اقراره فتعتبر هذه
الشبهة عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هولا على ما ذكرنا وسقوط العصمة ضرورة
الاستيفا ضمنا لقطع اليد فلا يكون مقصودا مضافا الى المودع ولا يكون تضييعا بل يكون
صيانة بابلغ الوجوه لان السراق اذا علموا انه تقطع بخصومتهم يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤن
عليه الا ترى ان الله تعالى جعل في القصاص حيوة بهذا الاعتبار وان كان هو في نفسه قتل
ولا معتبر بالشبهة الموهومة باعتراض المالك لبعدها كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه
يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة ويقطع
بخصومة المالك من السرقة ممن ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه لا يقطع بخصومة المالك حال
غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه مكانا اجنبيا والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقع
عن نفسه لاسترداد ماله الا ان الراهن انما يقطع السارق بخصومته اذا كانت العين قائمة
بعد قضا دينه لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا لدينه فلا مطالبة للراهن
وكذا قبل قضا الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومته قال الرازي عفو
ربه ينبغي ان يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكان
الفضل يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة قال
ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم اي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد بيناه

قال لا يطلب المالك او السارق لو سرق من سارق بعد القطع معناه اذا قطع
سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع الثاني لان المال غير متقوم
بعد القطع في حق الاول فلم تنعقد موجبة للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت
في يد المالك او الامين او الضمين ولم يوجد شيء من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك
ولا امين ولا ضمين فلا يقطع بخلاف ما اذا سرقت قبل ان يقطع يده حيث يكون له ولرب السرقة
القطع على ما بينا في الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية الاسترداد في رواية لان يده ليست
بصحيحة اذ هي ليست بملك او امانة او ضمان ولا يوجد واحد منها وفي رواية له ذلك لان يده
على المالك اذ الرد واجب عليه ولا يتمكن الا به **قال** ومن سرق شيئا ورده
قبل الخصومة الى مالكه او ملكه بعد القضاء او ادعى انه ملكه او نقصت قيمته من النصاب لم يقطع
اما اذا رده السارق قبل الخصومة الى مالكه فلان الخصومة شرط لظهور السرقة وهذا
لان القطع وان كان حق الله تعالى لكن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهد ان
على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق وحق المسروق منه هنا لم يثبت
لان ثبوته بالبينة هنا بناء على خصومة صحيحة ولم توجد فلا يثبت القطع وعن ابي يوسف انه يقطع
اعتبارا لما اذا رده بعد المرافعة. قلنا بعد المرافعة وجدت الخصومة وانتهت بالرد
والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتأكد فيكون موجودة حكما وتقديرا وهذا انما هو فيما اذا رد
بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحسانا لان السرقة قد
ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها على ولده او ذي رحم ان لم يكن
في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المستعير بالدفع
اليهم وان كانوا في عياله فهو كرده الى المسروق منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود
الوصول اليه قبل الخصومة ولهذا لو رد المودع والمستعير عليه لا يضمن والوكيل بقبض الدين
اذا دفع الى من في عياله فقبض بيد المدين يقبضه وكذا لو رد على امرأته او اجيره مسانهة او مشاهرة
او عبده ولو رده الى عياله او حليله او والدته او جدته وليس في عياله لا يقطع لانه لا شبهة الملك
فيثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال من لا يقطع لانه شبهة الشبهة

وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورد على مولاه لا يقطع
لان ماله له رقبة ولو سرق من عيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في
ماله واما اذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلان للامضاء من القضاء في الحدود وقد اعترض
ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع الامضاء كما يمتنع القضاء كتغير اوصاف الشهود
بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف رده الى المالك لانه يؤكد الخصومة فيتمها
لحصول مقصودها فيبقى تقديرا واما التمليك فينافي مقصودها اذ لا يخاصم احد للمالك وانما
يخاصم ليسترد فينقطعها وعن ابي يوسف انه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان السرقة
وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا اثر للعارض في
ايراث الخلل في الظهور او الوجوب لان الهبة ونحوها من اسباب الملك توجب ملكا حادثا
فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك ونحن بينا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده فان قيل
اذا تزوج بمن زنا بها يحد فلولا ان العارض كالعدم لما حد. قلنا بعد التسليم الحد باعتبار ما
استوفي من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق واما اذا ادعى السارق
ان العين المسروقة ملكه فمعناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة عليه وقال الشافعي لا يسقط
عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى انسداد باب الحد **ولنا**
ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع
صح وان كان لا يعجز عنه سارق واما اذا انتقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به
النقصان من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بان كانت
قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع اقل فانه لا يقطع وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول
زفر والشافعي لان النصاب تم عند الاخذ وهو المعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا
فيه كما في النقصان في العين **ولنا** ان النصاب لما كان شرطا شرط قيامه عند الامضاء على
ما بيناه من قبل بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لان العين على السارق فكمل النصاب
عينا ودينا ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لانه يكون بفتور الرغبات فلم
لا يكون مضمونا على احد **قال** ولو اقر بسرقة ثم قال احدها هو مالي

لم يقطعا اي لو اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادعى
قبل القضاء او بعده قبل الامضاء لان السرقة تثبت على الشركة وبطل الحد عن احدهما برجوعه
لانه انكر السرقة بعد الاقرار بها فكان رجوعا في حقه واورث شبهة في حق الاخر لاتحاد السرقة
بخلاف ما لو قال سرقت انا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه
خلاف ابي يوسف هو يقول انه اقر بفعل مشترك فلا يثبت عليه مشتركا وقد بطلت الشركة فلا يثبت
وانما كان الشركة لما لم يثبت بانكار الاخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله
قتلت انا وفلان فلانا وقال الاخر ما قتلته يقاد المقر وحده وكقوله زنيت انا وفلان بفلانة
وكذبه الاخر حد المقر وحده قال رحمه الله ولو سرقا وغاب احدهما وشهد
على سرقتهما قطع الاخر اي الحاضر وكان ابو حنيفة اولا يقول لا يجب عليه القطع لان الغائب
ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر ثبتت بالحجة فالمعتبر الموهوم
لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر قال
ولو اقر عبد بسرقة قطع ورد السرقة للمسروق منه وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وهو يرد السرقة
يعني اذا كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال ابو يوسف ومحمد ان كان
العبد مأذونا او مكاتبا او كان المال المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة وان كان محجورا عليه
والمال قائم في يده فعند ابي يوسف يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى فيدفع الى المسروق منه
وقال محمد لا يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى لان
اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه آدمي
ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح اذ لا تهمة فيه اي في الاقرار بالحدود ولهذا يقبل في حال رقه لعدم التهمة
وكذا اقرار المأذون له في التجارة بالدين او بغير المدين بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا
ولمحمد ان اقرار المحجور عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع
بخلاف المستهلك ولابي يوسف ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت
المال بدون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر ثم رجع دون عكسه فاذا بطل في حق الاصل
بطل في التبع بخلاف ما ادعاه لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا بخلاف

اقراره

اقراره بالمستهلك لان ملك المولى لم يظهر فيه ليرد ولابي يوسف انه اقر على نفسه بالقطع فيصح
وعلى المولى بالمال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب
الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه يقطع ولا يصدق في اقراره في حق الثوب وكما لو اقر بسرقة
مال مستهلك ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لكونه آدميا وصحته لعدم التهمة فيصح بالمال
بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتبار
القطع ويستوفى القطع بعد هلاك المال بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع
ولا يقطع العبد بما لمولاه ابدا فالحاصل هذا الخلاف راجع الى ان المال اصل او القطع وكلاهما فعند
ابي حنيفة القطع هو الاصل والمال تبع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه وعند ابي
يوسف كلاهما اصل وحكى الطحاوي ان الاقاويل الثلثة مروية عن ابي حنيفة فبقوله الاول
اخذ به محمد والثاني اخذ به ابو يوسف وهو نظير اقواله في الخلاف تعددت عن مناقبه رضي الله عنهم جميعا
قال ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائما معناه اذا قطع السارق
وكانت المسروقة قائمة في يده ترد على صاحبها لبقاء ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن السارق
وان استهلكها فكذلك في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة
يضمن وعن ابن سماعة عن محمد انه يفتى برد القيمة لانه اتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه
يؤدي الى ايجاب ما ينافي القطع وكذا في قاطع الطريق اذا اخذ مالا او قتل نفسا يفتى برد المال
والدية وكذا الباغي لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر في حق الفتوى وفي
الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال المالك انا اضمنه لم يقطع عندنا
وان قال انا اختار القطع يقطع ولا يضمن وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يضمن والا فلا
نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين ان يكون موسرا او معسرا وانما يوثر الاعسار
في التأخير لا غير وقال الشافعي يضمن سواء هلك او استهلك فحاصله ان القطع والضمان لا يجتمعان
عندنا كالحد مع المهر وعنده يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع
اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان
الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فمذهب احدهما

لا يمنع وجوب الاخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك
في الحرم وكايجاب القيمة مع الحدود في شرب الخمر الذمي ما روي عن عبد الرحمن بن عوف
رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام قال لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه ولان الضمان لو
ثبت ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الاخذ ضرورة
ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فتبين انها وردت على ملكه وان القطع كان بغير حق
لانه لا قطع على من اخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولان القطع خالص حق الله تعالى فالجناية
الجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وكذا بان يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه
حق كالخمر والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا في ذاته حراما لغيره وهو حق مالكه فكان
حراما من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن
الا ان هذه العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا تظهر في حق من حتى يضمنه بالاتلاف
لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة
فلا ضرورة اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون
غيره فلا ضرورة الى جعله معصوما لحق العبد بالنسبة الى الاستهلاك اذ لا يؤدي الى انتفاء القطع
باعتباره مالا في حقه كما في حق الاجنبي ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر
الشبهة فيه بمعنى انه لو كان معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لادى الى سقوط القطع وكذا
ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لانه لو لم يسقط في حقه يلزم ان يجب
مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب
باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم ان هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة المال منقوض
لصيانة اموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف
ما استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حق الله تعالى لا تعلق له بكون
المحل معصوما مملوكا الا ترى انه لو قتل صيدا غير مملوك او صيد نفسه او شرب خمر نفسه او قتل
عبد نفسه يجب هذه الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بلا عنه فتعدد
الموجب لتعدد السبب فافترقا فان قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى ان قلتم

قبل

قبل السرقة فيه سبق الحكم على السبب وان قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لان السبب
صادف محلا محترما حقا للمالك وان قلتم مع السرقة فهو باطل ايضا لان السرقة وقت الوجود
ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها • قلنا انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلا بالسرقة
لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحة
ذلك السبب كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى العتق
سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا فان قيل اذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك
فكيف تشترط خصومته • قلنا ما شرط المالك لذاته بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع
حتى لو وجدت الخصومة من غير المالك اكتفي به على ما مر قال ولو قطع لبعض
السرقات لا يضمن شيئا يعني لو سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا
بالاتفاق لهما في الخلافية ان المسقط للضمان القطع وهو حصل بمخاصمة لانه لا يستوفى الا بالخصومة
واثباته عند القاضي ولم يوجد ذلك في غيره فيقطع له خاصة اذ ليس نائبا عنهم فبقيت اموالهم معصومة
على حالها ولهذا لو حضروا وادعوا السرقة لم يأخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته
للكل لاخذوها كما يأخذها هو • وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود
على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي وعند من له الحق يعلم لا لوجوب القطع اذ هو
بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى ولا يخفى عليه خافية فلا حاجة الى القضاء بل الى الاستيفاء
فاذا استوفي كان للكل لعود منفعته الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد فيشترط الخصومة
منه ولان القطع متحد فيكون القضاء للكل بخلاف الاموال فان قيل الخصومة شرط
ليصير الخصم بها بادلا للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البدل من واحد عن الكل
قلنا سقوط المال بسقوط عصمته امر شرعي يثبت تبعا على استيفاء القطع لا باختيار العبد
الا ترى انه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البدل كالاب والوصي والمكاتب والعبد وانما دون
له وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد قال
ولو شق ما سرق في الدار ثم اخرجه قطع وذلك مثل ان سرق ثوبا وشقه نصفين قبل ان يخرجه

من الدار ثم اخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فانه يقطع وقال ابو يوسف لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البايع ثم فسخ البيع ولهما ان الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كالاخذ نفسه وهو اذا سرق البايع مبيعا باعه بخلاف ما استشهد به لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل اولى لاستفادته وانتقاص الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا وكذا اذا كان الخرق فاحشا واختار اخذ الثوب وتضمين النقصان لا يمتنع هذا التضمين بالقطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمتنع كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب وذكر الخبازي ان الصحيح انه لا يضمن النقصان لانه ضمان هذا الثوب فيكون كانه ملك ما ضمن فيكون مستندا كما بينا فينتفي القطع وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان اوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي لثوب فهو فاحش واليسير ما فوقه استهلاك لان للاكثر حكم الكل والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله ان يضمن جميع القيمة من غير خيار ويضمن السارق الثوب ولا نقطع وحد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة **قال** ولو سرق شاة فذبحها واخرجها اي لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه **قال** ولو صنع المسروق دراهم او دنانير قطع وردها اي لو سرق ذهبا او فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصل هذا الخلاف في الغصب ان الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة ام لا

بنا على انها متقومة ام لا فعنده لا تملك لانها لا تتقوم وعندهما تملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا اشكال لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيا اخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف اذا اتخذ حليا او انية **قال** ولو صبغه احمر فقطع لا يرد ولا يضمن اي لو سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يوخذ منه الثوب ولا يضمن قيمة الثوب [illegible] الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر الى اخره دليل على انه لا فرق بين ان صبغه قبل القطع او بعده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يوخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قايم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل اولى كما في الغاصب ولهما ان صبغ السارق في الثوب قايم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قايم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده او استهلكه لا يجب الضمان فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب اذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قايم من كل وجه فرجحنا جانب الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب ان يملكه السارق من حيث سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه ابيض بوجه فصار كما لو سرق حنطة فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق لما قلنا تحققه ان ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصنع بكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد الانقطاع القطع ولا يكون الملك ثابتا قبله **قال** ولو اسود يرد اي لو صبغ الثوب اسود يرد الثوب على المسروق منه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا سبيل للمسروق منه على الثوب لان السواد نقصان عند ابي حنيفة وليس بزيادة ونقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة فيرد على المالك وعند ابي يوسف ومحمد السواد زيادة لكن بالزيادة لا ينقطع حق المالك عند محمد بل يرد ويا خذ ما زاد الصبغ وعند ابي يوسف ينقطع ولا ياخذ الزيادة على ما بينا في الحمرة وكذا اذا قطع الثوب وخاط لا ينقطع حقه

والله تعالى اعلم بالصواب

باب قطع الطريق

لانه ملكه قبل القطع ح

عليه

شرايط قطع الطريق من ظاهر الرواية بلثه يعني مما يختص به دون السرقة الصغرى ثلثه ان يكون من قوم لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق ولا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لانهم يلحقهم الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يتحقق المرور والاستطراق وعن ابي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة سفر يجري عليهم احكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة

قال ـــــ اخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفى الولي وان قتل واخذ قطع وقتل او صلب او قتل وصلب والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة ان تتفاوت جزاؤها وهو اللائق بحكمة الله تعالى وانما ذكروا انواع الجزاء ولم تذكروا انواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها اهم وهذا لان انواع الاجوبة ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة وهي معلومة بانواعها فاكتفى باطلاقها وبين انواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب انواع الجناية اذ ليس من الحكمة ان يسوى في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روي ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم في اصحاب ابي بردة وقال مالك الامام مخير اي شاء من هذه الاجوبة فعل بكل واحد من الجناية لان كلمة او تقتضي ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام فتقديره ان يقتلوا ان قتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع ايديهم وارجلهم ان اخذوا المال او ينفوا ان خافوا بخلاف كفارة اليمين فانها مقابلة بجناية واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير والذي يدلك على ما قلنا ما روي عن ابن عباس في قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم ياخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف واذا اخافوا السبيل ولم ياخذوا مالا نفوا من الارض رواه الشافعي في مسنده وحكاه في المنتقى ثم هذه الاحوال اربعة الاولى ان يوخذ قبل ان يقتل نفسا ولا ياخذ مالا وهو المراد بقوله اخذ قاصد قطع الطريق قبله وهذا الحال راجع الى غير مذكور وحكمه ان يحبس حتى يتوب وقال الشافعي المراد من النفي الطلب ليبعدوا من كل موضع وهذا ليس

نبعد بعضهم دفع اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد في موضع اخر وان نفاه بالتغريب من دار الاسلام ففيه تعريض على الردة ولم يعهد بالشرايع ذلك فتعين الحبس لانه عهد عقوبة في الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفي قال القايل ـــــ

خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها • فلسنا من الاموات فيها ولا الاحياء
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة • عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فكان ادفع للشر واشد لعقوبته على ارتكاب المنكر وهو الاخافة • والحالة الثانية ان يوخذ بعدما اخذ المال ولم يقتل النفس واصاب كل واحد منهم نصابا فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم او ذمي لا مستامن وهو المراد بقوله وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جنايته افحش من السرقة الصغرى فكانت عقوبته اغلظ بقطع التغليظ وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة او شلاء او رجله اليمنى كذلك لا تقطع لما ذكرنا • فان قيل ـــــ لما تضاعف قطعه ينبغي ان تضاعف نصابه فيكون عشرين درهما • قلنا ـــــ تغلظ العقوبة هنا بتغلظ الجناية لمحاربة الله ورسوله لا بتكثير الماخوذ والحالة الثالثة ان يوخذ وقد قتل النفس ولم ياخذ المال فان الامام يقتله حدا حتى لو عفى الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط ان يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل والالة لكونه حقا لله تعالى لوجوبه في مقابلة الجناية على حق محاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان عفى الولي وقال الشافعي الواجب قصاص لانه قتل بازاء القتل • قلنا ـــــ القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى • والحالة الرابعة ان يوخذ وقد قتل واخذ المال فان الامام فيه مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وان شاء قتله وصلبه وان شاء قطعه وان شاء صلبه وان شاء قطعه من خلاف وقتل وصلب وهذا المراد بقوله قطع وقتل او صلب الى اخره وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع وابو يوسف معه في المشهور لان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهي قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبة في النفس وما دونها في حق الله تعالى فيدخل ما دون النفس في النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفي بالرجم

ويدخل فيه ما عداه ولابي حنيفة رضي الله عنه انه وجد الموجب لهما وهو القتل واخذ المال
فيستوفيان وهما حدا واحدا لا تحاد سببهما وهو قطع الطريق لكن ما يتبع به القطع متفاوت
فاذا تناهى بتفويت الامن باخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد
والرجل فانهما حدان في السرقة الصغرى وحدا واحدا في الكبرى ولا تداخل في حد واحد كجلدات
الحد في الزنا وغيره وانما التداخل في الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله او يصلبه ويدع القطع
لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب في اجزاء حد واحد فله ان يبدا بالقتل فان
قتله لا يفيد القطع بعده كالزاني اذا جلد خمسين جلدة فمات يترك الباقي لعدم الفائدة في
اقامته بعد الموت ثم في ظاهر الرواية هو مخير في الصلب ان شا فعله وان شا تركه وعن ابي يوسف
انه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما امكن قلنا
معنى الزجر يتم بالقتل ثم لا يشتغل انه عليه الصلوة والسلام صلب احدا **قال** ــــــــ
ويصلب حيا ثلثة ايام ويبعج بطنه برمح حتى يموت لان المقصود الردع وهو ابلغ من صلبه بعد
القتل روي ذلك عن الكرخي وعن الطحاوي انه يصلب بعد القتل لا يصلب حيا توقيا عن المثلة
لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح وهو اردع ولهذا لا
يقتل جزا بالسيف مع الامر باحسان القتلة وتطبيق الرجم في الزنا لما قلنا ثم اذا تم له ثلثة
ايام من وقت صونه يخلى بينه وبين اهله ليدفنوه وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى يتقطع
ويسقط لانه ابلغ في الارداع قلنا انه يتغير بعد الثلاث فيتاذى الناس به والارداع قد
حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة **قال** ــــــــ ولم يضمن ما اخذ يعني بعدما
اقيم عليه الحد لما ذكرنا في السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتله وما جرح لذلك المعنى
قال ــــــــ رحمه الله وغير المباشر كالمباشر يعني في الاخذ والقتل حتى يجري
احكامه على الكل بمباشرة بعضهم • وقال الشافعي لا يحد الا المباشر كحد الزنا **ولنا** انه حكم يتعلق
بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم من الغنيمة وهذا لان الردء محارب
مفسد وقوته ليتمكن المباشر من الاخذ وليقتل هو ان امكنه ويدفع عن المباشر العوايق
وينضم المباشر اليه ان تعذر وهذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغلوا الكل بالمباشرة لما تهيا لهم

غرضهم

غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا والردء محاربة او اي فسادا لكونه اشد منهم ولهذا لو جاز
قتل ردء اهل البغي ولولا انه محارب لما جاز فاذا ثبت انه محارب اجري عليه احكامهم بخلاف
الزنا لان غير المباشر ليس له فيه صنع لتمكنه ومحله **قال** ــــــــ والعصي والحجر
كالسيف يعني القتل بالعصي او بالحجر كالقتل بالسيف لان قطع الطريق يحصل بالقتل باي آلة
كانت بل باخذ المال بغير قتل وبمجرد الاخافة على ما بينا حكمه وهو القتل ها هنا بخلاف القصاص
لانه لقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعماله آلة القتل وشرط ذلك لينتفي
احتمال قصد التاديب او اتلاف العضو وما اشبه ذلك **قال** ــــــــ وان اخذ مالا
وجرح قطع وبطل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفي بقطع اليد والرجل سقطت عصمة
النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى • فان قيل ــــــــ
الجرح فعل اخر غير الاخذ فينبغي ان يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يؤدي الى سقوط الحد
في الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل احدهما سببا لحق العبد ولا يمتنع الاخر ان يكون سببا لحق الله
تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما بينا • قلنا بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا
وجب حق الله به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل **قال** ــــــــ وان جرح فقط
او قتل فتاب او كان بعض القطاع غير مكلف او ذا رحم محرم من المقطوع عليه او قطع بعض القافلة
على البعض او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين لم يحد فاذا اقاد الولي او عفا
اما اذا جرح فقط اي لم يقتل ولم ياخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط
حق العبد اذ السقوط في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه باقيا فيقتص فيما فيه
قصاص وياخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء وعلى هذا اذا جرح واخذ المال دون النصاب
او الاشيا التي لا يقطع فيها كالاشيا التافهة والتي يتسارع اليها الفساد ولو كان مع هذا الاخذ
قتل لا يجب الحد ايضا وهي طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة
فجوابه ان قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على القتل لانه يبين
ان مقاصدهم القتل دون المال فيحدون فهذه من الغرايب ثم اذا لم يجب الحد فيكون الامر

في القصاص والارش الى الاولياء لعدم وجوب الحد واما اذا قتل او اخذ مالا فتاب يعني قبل
ان يوخذ فلان هذا الحد لا يقام الا في هذه الحالة للاستثنا المذكور في الاية ولان التوبة يتوقف
على رد المال وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة الصغرى فاذا سقط الحد صار الامر الى الاولياء
في القصاص والارش على نحو ما بينا • فان قيل ينبغي ان ينصرف الاستثنا في الاية
الى الذي يليه وهو قوله تعالى ولهم في الاخرة عذاب عظيم كما في اية القذف فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة
قلنا في هذه الاية الجمل التي قبل الاستثنا كلها من جنس واحد اذ الكل جزا المحاربة
فينصرف الاستثنا الى الكل فيرتفع الكل بالتوبة بخلاف الاستثنا في اية القذف لان الجملة التي
تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذ هي لا تصلح جزا للقذف وانما هي اخبار عن حاله بانه متصف
بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل فيعود اليها فقط واما اذا كان بعض قطاع
الطريق غير مكلف بان كان صبيا او مجنونا فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم
يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطي اذا
اشتركا في القتل حيث لا يجب القود وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلا يحد الباقون
لان المباشر اصل والردء تبع ولا خلل في مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه
ينعكس المعنى والحكم وعلى هذه السرقة الصغرى وقوله او بعض القطاع غير مكلف يدل على
ان المراة اذا قطعت الطريق يجرى عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل لا تكون قاطعة الطريق
لان بنيتها لا تصلح للحرب وعن ابي يوسف انها تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا كالمراة خلافا
لابي يوسف ذكره في البدايع واما اذا كان القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلان الجناية
متحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان
فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك خاص به فيختص الامتناع حتى
اذا وقع القتل والاخذ على المستامن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره او عليهما يجب
وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول هذه المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع
عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم
ونصيب شريكه من نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ شي واحد فاذا امتنع في حق

احدهم

احدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم ياخذوا
المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال الماخوذ من
الاجنبي والصحيح يجرى على الاطلاق لما ذكرنا واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء
لان حقهم ولم يوجد ما يسقطه واما اذا قطع بعض القافلة على البعض فلان الحرز واحد فصارت
القافلة كبيت واحد واما اذا قطع الطريق بمصر او بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة
ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان
السبب محاربة الله تعالى وهي انما يتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير
في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن تعرض يكون محاربا بالله تعالى واما في المصر وقرب منه
فيلحقه الغوث من السلطان والمسلمين فيكون اعتماده عليهم فيتمكن النقصان من حيث تعرض
له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال الشافعي رحمه الله يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس
لوجود حقيقة القطع وعن ابي يوسف انهم ان قصدوا في المصر بالسلاح يجرى عليهم احكام قطاع
الطريق لان السلاح لا يلبث فيلحقهم الغوث وان قصدوا بالحجر او الخشب فان كان خارج المصر
فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان يقرب منه وان كان في المصر فان كان بالليل فكذلك
ايضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجرى عليهم حكم قطاع الطريق واستحسن المشايخ
هذه الرواية وبه يفتى وعن ابن سماعة عن ابي يوسف في المكابرين بالليل اذا لم يقدر اهل الدار
على الامتناع منهم فهم محاربون واما في النهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير
السلطان والمكابرون في القرى اذا كان اهل القرى لا يقدرون على الامتناع منهم فهم محاربون
وقال بعض المتاخرين جواب ابي حنيفة بما شاهد في زمانه فان الناس في ذلك الزمان
كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق الا نادرا فلا يبنى الحكم على
النادر واما في زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الامصار والقرى
وقوله فان قاد الولي او عفى يعني ان شاء اقتص وان شاء عفى في هذه الصور كلها لانه
لما لم يجب الحد فيها ظهر حق العبد لان سقوطه كان في ضمن اقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه
اليه ان شاء استوفى وان شاء عفى في القصاص والمال قال ومن خنق

في المصر غير مرة قتل به يعني سياسة لانه ذو فتنة ساع في الارض بالفساد فيقتله الامام
دفعا لشره وفتنته عن العباد وفي قوله غير مرة اشارة الى انه لا يقتل الا اذا تكرر منه
وهي مسألة القتل بالمثقل على ما يجيء في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه
ابي بكر الاعمش ان المدعى عليه السرقة اذا انكر فللامام فيه باكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق
وان المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق في مجلس الشراب
وكما لو رآه يمشي مع السراق وتغلبه الظن جاز وامثل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا
سيفه وغلب على ظنه انه يقتله وحكي ان عصام بن يوسف دخل على امير بلخ فاتي بسارق فانكر
السرقة فقال الامير لعصام ما ذا يجب عليه فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير
هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى اقر واحضر السرقة فقال عصام ما رأيت جورا اشبه بالعدل من هذا

كتاب السير

السير جمع سيرة واصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها
كالمناسك على امور الحج **قال** رحمه الله الجهاد فرض كفاية ابتدا يعني
يجب علينا ان نبداهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر وقال انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم
وقوله عليه الصلوة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان تقاتل اخر امتي الدجال
لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقوله عليه الصلوة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث وعليه اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل
وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد
فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ودفنها ورد السلام ولان في الاشتغال
الكل قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي ان يتولى البعض
الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية فوجب الكفاية
قال الله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد
القاعد بالحسنى ولو كان فرض عين لما وعد وكانت الصحابة يغزو البعض ويقعد البعض ولو كان

لو

فرض عين لما قعدوا وهذا هو الذي يقدر عليه امر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم من
ابتدا الامر مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال
تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة قال الله تعالى
ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال
اذا كانت البداية منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم
امر بالقتال اذا كانت البداية منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون ابتدا في بعض الازمان
بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم بالبداية بالقتال
مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى
غير ذلك من الايات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف
لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدلك على ان تحريم القتال في الاشهر
الحرم منسوخ **قال** فان قام به قوم سقط عن الكل لحصول المقصود
بذلك على ما بينا انه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى **قال**
والا اثموا بتركه اي ان لم يقم احد اثم الكل بتركه لانه واجب على الكل فياثمون بتركه
قال ولا يجب على صبي وامراة وعبد واعمى ومقعد واقطع لقوله
تعالى ليس على الاعمى حرج الاية نزلت في اصحاب الاعذار حين اهتموا بالخروج مع النبي
صلى الله عليه وسلم لما نزلت اية التخلف ولانهم عاجزون والتكليف بالقدرة ولان الصبي مظنة
المرحمة فلا يؤتى به الى المهلكة والمراة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما
مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع **قال** وفرض عين ان هجم العدو
فتخرج المراة والعبد بلا اذن زوجها وسيده لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل
فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلوة والصيام
بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما وكذا الولد يخرج بغير
اذن والديه وفي غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما وكذا الا سفر فيه خطر لان الاشفاق
عليه يضرهما وان لم يكن فيه خطر فلا باس ان يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد

والجدات فعليها عند عدمهما وكذا المديون لا يخرج الا باذن الداين الا في النفير العام والاصل
فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية اي اخرجوا الى الجهاد شبابا وشيوخا او ركبانا
ومشاة او فقراء واغنياء وقد جاء في التفسير خفافا شبابا اغنياء وثقالا شيوخا
فقراء وهذا ابلغ وفي الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم
فقوله في سعة اشارة الى ان مباشرة القتال لا تجب في كل وقت بل الاستعداد له كاف
وقوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى ان مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة
اليهم وهو النفير العام لان المقصود حينئذ لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم
مباشرته وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين
على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم ببعد من العدو فان كان
الذين هم بقرب العدو عاجزين عن دفعه ومنع العدو او قادرين الا انهم لا يجاهدون
لكسل بهم او تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا
التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها
قال ويكره الجعل ان وجد فيء والمراد به ان يضرب الامام الجعل على
الناس للذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما
اشبهه ولان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته قال
والا اي اذا لم يوجد في بيت المال فيء لا يكره لان الحاجة الى الجهاد داعية وفيه تحمل الضرر
الادنى لدفع الاعلى وقد اخذ النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه
وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد
وقيل يكره الجعل مطلقا والصحيح الاول لانه تعاون على البر وجهاد من البعض بالمال
ومن البعض بالنفس واحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس والمال
ومنهم من يقدر باحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقوله
ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله وقال تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه السلام المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا واطلق

الاباحة

الاباحة في السير ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام المؤمنون
كالبنيان يشد بعضهم بعضا مثل المؤمن يغزو واجره كمثل ام موسى ترضع ولدها
وتأخذ عليه الاجر وكانت تأخذ من فرعون دينارا كل يوم قال
فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام لما روي عن ابن عباس انه قال ما قاتل رسول الله
صلى الله عليه وسلم قوما قط الا دعاهم رواه احمد وقال عليه الصلاة والسلام لفروة بن
مسيك لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام رواه احمد قال فان اسلموا
والا الى الجزية اي فان اسلموا كففنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم
الا بحقها ولا بد من الايمان برسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اكتفى في الحديث بكلمة التوحيد
لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحدوا علم بذلك انهم امنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لانهم لم يجو
ذلك الامة عليه الصلاة والسلام وقوله والا الى الجزية اي ان لم يقبلوا الاسلام ندعوهم
الى اداء الجزية لما روي انه عليه الصلاة والسلام اذا امر اميرا على جيش او سرية امره وفي حديث
فيه طول رواه احمد ومسلم والترمذي وصححه ولانه احد ما ينتهي به القتال لقوله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجب الدعوة اليه كما يجب الى الاسلام وهذا في
حق من يقبل منه الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم واما من لا يقبل
منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلا يدعوهم الى اداء الجزية لعدم الفائدة اذ لا
يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قال
فان قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا اي ان قبلوا اداء الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور في الاية لان العصمة تحصل لهم قبل
ادائها بمجرد القبول قال ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام
لما روينا ولانهم بالدعوة اليه يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سبي الذراري وسلب الاموال
فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهي عنه ولا غرم
لانهم غير معصومين بالدين او الاحراز بالدار فصار كقتل من لا نقاتل منهم وقال

فوا

الشافعي يضمنون والحجة عليه ما بيناه **قال** وتدعوا ندبا من بلغته
اي تدعوا استحبابا من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لما روي عن البراء بن عازب
انه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطا من الانصار الى ابي رافع فدخل عبد الله بن عتيك
بيته ليلا فقتله وهو نائم رواه احمد والبخاري وقال في المحيط قالوا تقدم الدعوة الى الاسلام
على القتال كان في ابتدا الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض واما بعدما انتشر
واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا يدعا يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة
وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن ابن عون انه قال كتبت
الى نافع اسأله عن الدعا قبل القتال فكتب الي انما كان ذلك في اول الاسلام وقد اغار رسول
الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الما فقتل مقاتلهم وسبى
ذراريهم واصاب يومئذ جويرية ابنة الحارث حتى حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش
رواه احمد ومسلم والبخاري وعن انس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الله عليه وسلم اذا غزا قوما
لم يغز حتى يصبح فاذا سمع اذانا امسك وان لم يسمع اغار بعدما يصبح رواه احمد والبخاري والاغارة
لا تكون بعد الاعلام فاذا كان ذلك في زمنه عليه الصلوة والسلام لاشتهار الاسلام فما ظنك في زماننا
وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالغنا ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة
ربما يتحصنون فلا نقدر عليهم **قال** والا نستعين بالله تعالى ونحاربهم
بنصب المجانيق وحرقهم وتغريقهم وقطع اشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا
ونقصدهم اي ان لم تقبلوا الجزية نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الاشيا التي ذكرها
او بكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم والحاق الضرر بهم لما روي انه عليه الصلوة والسلام كان يقول
في وصية امرا الجيش فان هم ابوا فادعهم الى الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان
ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه مسلم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على
اعدائه فيستعان به في كل الامور ونقاتلهم بكل ما نمكن لما روي الترمذي ان النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المنجنيق على اهل الطائف واحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم البويرة وكان فيها نخل
حتى قال الشاعر وهو حسان

وهان على سراة بني لؤي • حريق بالبويرة مستطير

وصح انه عليه الصلوة والسلام قطع النخيل وقال الله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها
قائمة على اصولها فباذن الله رواه احمد والبخاري ومسلم ولان في ذلك كله الحاق الغيظ بهم
وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعا وقد قال الله تعالى ولا يطؤن موطئا
يغيظ الكفار وقوله ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم نرميهم
وان تترسوا بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد اذا علم
ان فيهم مسلما وانه يتلف بذلك لا يحل لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر
جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من
ذلك اوجب ونحن نقول امرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى ادى الى سد باب الجهاد لان
حصونهم ومدائنهم لا تخلوا عن مسلم ولان في الرمي دفع الضرر العام بالحاق ضرر خاص فكان
اولى الا ترى انه يجوز لنا ان نفعل بهم ذلك وان كان فيهم من لا يجوز لنا قتله كنسائهم وصبيانهم
والرهبان والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لان التمييز بالنية ممكن وان لم يكن فعلا والتكليف
بحسب الطاقة وان اصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي يجب فيه الدية والكفارة
لانه قتل مسلما خطا فيجب موجبه ولان الاطلاق للضرورة ولا تنافي في الضمان كالرماة الى الصيد
حالة المخمصة **ولنا** ان الجهاد فرض بجامعه الغرامة لتعذر الامام وحمله وكالغزاة والقصاد لانه
التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لان الاكل حالة المخمصة ليس بفرض وانما هو رخصة حتى كان تركه
اولى لكونه اخذا بالعزيمة وبخلاف المرور على الطريق وضرب الزوجة لانه مطلق له وليس بفرض
عليه فيكون مقيدا بشرط السلامة **قال** ونهينا عن اخراج مصحف وامراة
في سرية يخاف عليها لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم
لا تسافروا بالقران في ارض العدو وقيل تاريخ القران وذكر الطحاوي ان هذا النهي كان
في ابتدا الاسلام حين كانت المصاحف والقرا قليلين فيخاف ذهاب شيء من القران ثم
انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقرا عن ظهر القلب والاول اصح واحوط وكذا في تعريض
المراة على الضياع والفضائح فيكره اخراجها وان دخل اليهم بالامان فلا باس بان يحمل معه

المصحف ان كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الخيانة والحرى على العادة وان كان
العسكر عظيما فلا باس باخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك
لان الغالب فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال
الا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم فيجترئ عليهم العدو واما الشواب منهن فقرارهن
في البيت اسلم والاولى ان لا يخرجوا النساء اصلا خوفا من الفتن وربما حزبهم امر فاشتغلوا
عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج فللمباضعة فالاماء دون الحرائر لان حكم
اختلاط النساء بالرجال في حق الاماء اخف الا ترى انه لا باس للامة ان تسافر بغير محرم وقضاء
الشهوة والخدمة تحصل بهن فلا حاجة الى الحرائر (قال) وغدر وغلول
لما انه صلى الله عليه وسلم نهى عنهما وكلاهما هو الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والغدر اعم
(قال) ومثلة لما روي عن صفوان بن عسال قال بعثنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا تمثلوا
ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه احمد وابن ماجة وفي شرح المختار المثلة بعد الظفر
بهم ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم وهذا احسن ونظيره الاحراق بالنار
(قال) وقتل امراة وغير مكلف وشيخ فان واعمى ومقعد لما روي انه عليه
الصلوة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه احمد والبخاري ومسلم وجماعة اخر وعن
انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا
شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان الادمي خلق معصوم
الدم ليمكنه تحمل اعباء التكاليف واباحة القتل عارض بحبوانه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب
فيبقوا على اصل العصمة وعلى هذا الرهبان الذين لا يقاتلون والمقطوع احدى يديه واحدى
واحدى رجليه او اليمنى والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان القتل عنده جزاء
الكفر وقد تحقق • قلنا الدنيا دار تكليف وليست بدار الجزاء وانما اوجب في معارضة
بعض الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد ٥
(قال) الا ان يكون احدهم ذا راي في الحرب او ملكا فحينئذ يقتل لان في قتله

كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد
ابن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب راي
وكان اعمى واما اذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فيقتل صبيا لهم اهل اذا كان
فيه مصلحة لا يقتل الا اذا قاتل فيقتل دفعا وكذا المجنون لا يقتل الا ما دام يقاتل
وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر اذا كان قد قاتل لانه من اهل العقوبة في الجملة لتوجه
الخطاب عليه وان كان المجنون يفيق في بعض الاوقات فهو في حال افاقته كالصحيح فيقتل
قاتل او لم يقاتل (قال) وقتل اب مشرك لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا وليست البداءة في القتل من المعروف ولانه تسبب لايجاده فيكون هو سببا لافنائه
(قال) وليأبى الابن لنقتله غيره يعني اذا ادركه في الصف وغيره لا يقتله
بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله عليه الصلوة والسلام لحنظلة حين استاذنه بقتل ابيه دعه يقتله
غيرك ولان المقصود يحصل بغيره من غير ارتكاب المحظور وان لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من
الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجيه الى مكان يستمسك به حتى يجي غيره فيقتله
وان قصد الاب قتله ولا يمكن دفعه الا بقتله فلا باس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وايثار الحيوة
وهو له ان يدفع اباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر اولى وكذا [illegible]
الا ترى انه لو كان للابن ما يكفي احدهما فللابن ان يشربه وان كان الاب يموت عطشا ولهذا
يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه لانه بمنع النفقة قصد اتلافه فكان الحبس فيه من باب
دفع الهلاك ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شي لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك قال رجل لرسول
الله صلى الله عليه وسلم لقيت ابي في العدو فسمعت منه مقالة لك قبيحة فقتلته فسكت رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولو كان فيه شي لبينه اذ هو موضع الحاجة واجداده وجداته من قبل الاب والام كابويه
حتى لا يبتدئهم بالقتل ولا يكره قتل اخيه وخاله وعمه المشركين لانهم ليسوا كالاصول الا ترى
انه لا يجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف اخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لانه يجب
عليه احياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل وكذا يجوز له قتل ابنه الكافر لانه
لا يجب عليه احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه الحارب (قال) وبصالحهم

ولو بمال ان خيرا اي يصالح الامام اهل الحرب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وان
جنحوا للسلم فاجنح لها اي مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عشر سنين على ان
يضعوا الحرب بينهم وكان ذلك نظرا للمسلمين لمواطاة كانت بينهم وبين اهل خيبر ولان الصلح جهاد
في المعنى اذا كان فيه مصلحة اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة
بل يجوز اكثر اذا تعين فيه الخيرية باطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز
لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ولانه لما لم يكن فيه دفع شرهم كان الصلح
تركا للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال اي بمال
ياخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال اولى اذا كان بالمسلمين حاجة لما بينا انه جهاد
في المعنى وان لم يكن لهم اليه حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى والماخوذ من المال يصرف
مصارف الجزية لانه ماخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا انزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون
غنيمة لكونه ماخوذا بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال ياخذونه
من المسلمين لا يفعل الامام ذلك لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين وفي الحديث ليس
للمؤمن ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك باي طريق امكن واجب واراد
رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب ان يصرفهم عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال
سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحي
فامض لما امرت به وان كان رايا رايته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولهم دين فكانوا لا يطمعون
من ثمار المدينة الا بشرى او قرى فاذ اعزنا الله تعالى وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية
لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلوة والسلام اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت
ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم وذاك وشق عليه الصلوة والسلام بذلك فقال اذهبوا لا
نعطيكم الا السيف فميلانه عليه الصلوة والسلام في الابتداء دليل على انه يجوز عند خوف
الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفة قلوبهم لدفع ضررهم وكان ذلك جهادا معنى
قال ـــــ وينبذ لو خيرا معناه لو صالحهم الامام ثم راى نقض الصلح اصلح نبذ
اليهم وقاتلهم لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وابقاء العهد تركا له

صورة ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفي
فكان واجبا ونبذ عليه الصلوة والسلام الى اهل مكة ويكون النبذ على الوجه الذي كان الامان
فان كان منتشرا يجب ان يكون النبذ كذلك وان كان منتشرا بان امنهم واحد من المسلمين
سرا يكتفي بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذي كان
الاذن فيه من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم الخبر
الى اطراف مملكته وان كانوا اخرجوا من حصونهم بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم
ويعيدوا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر هذا اذا صالحهم مدة فراى نقضه قبل مضي
المدة وان مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت الموادعة على جعل فنقض
قبل مضي المدة رده عليهم بحصته لانه مقابل بالامان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه
قال ـــــ ويقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض
بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك وكذا اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم لهم منعة
باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد
في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا بانفسهم فينتقض العهد في حقهم
ولا ينتقض في حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد
قال ـــــ والمرتدين بلا مال اي يصالح المرتدين بلا اخذ مال منهم لان
الاسلام موجود منهم فيجوز تاخير القتال طمعا فيه اذا كان في التاخير مصلحة للمسلمين كما في اهل
الحرب ولم يوخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان كلا منهما ترك القتال بالمال غير ان الجزية مؤبدة
وهذا موقت وهم لا يقبل منهم الجزية فكذا هذا قال ـــــ فان اخذه لم يرد اي
ان اخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان اموالهم غير معصومة فجاز اخذها ابتداء بغير رضاهم
وعلى هذا اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يوخذ
منهم شيء لانه لا يجوز وضع الجزية عليهم واموالهم معصومة قال ـــــ ولم يبع سلاحا
منهم اي من اهل الحرب لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تقوية لهم فحرم وكذا الكراع
والحديد لان فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد اصل السلاح وكذا بعد الصلح لانه على شرف النقض

او الانقضاء فكذا الوثيق لانهم يتقوون بعددهم فيعودون حربا علينا ولا فرق بين ان يكون
مسلما او كافرا لما ذكرنا ثم ما يمنع المسلم منه يمنع المستامن منهم ايضا ان يدخل به دارهم لما ذكرنا وان خرج
هو بشيء مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا اسلم العبد وان بادل شيئا مما ذكرنا بجنسه لا يمنع
من الدخول به الا اذا كان خيرا منه وان باعه بدراهم ثم اشترى غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من ادخال
الطعام والقماش والقياس ان يمنع لان فيه تقويتهم الا انا تركناه بما روي عنه عليه الصلوة والسلام
امر ثمامة ان يمير اهل مكة قال ولا نقتل من امنه حر او حرة لان امان
واحد من المسلمين كافرا واحدا او جماعة صحيح لقوله عليه الصلوة والسلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها
ادناهم رواه احمد الذمة العهد وادناهم اي اقلهم عددا وهو الواحد فانه يتولى العهد المؤبد
والموقت وقال عليه الصلوة والسلام ان المراة لتاخذ للقوم ان يجير رواه احمد والترمذي وقال
حديث حسن غريب واجاز عليه السلام امان ام هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة بما رواه مسلم
والبخاري واحمد ولان الواحد من اهل القتال بنفسه وماله او بماله من اهل منفعة الاسلام
يخافونه فينفذ امانه في حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى الى غيره ضرورة عدم التجزي لكون
سببه لا يتجزى وهو الاسلام فصار كولاية التزويج بيان انه لا يتجزى ان العصمة من القتل
ومحرمة الاسترقاق والاستغنام لا يتصور ان يثبت في بعض شخص دون بعض وما لا يتجزى
لا يثبت الا كاملا فيثبت في الكل من حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل
لتعذر اجتماع الكل وشرطه ان يكون العاقد حرا لان الرقيق ليس من اهل الجهاد فلا يخافونه
فلم يحصل لهم الامن منه حتى يتعدى الى غيره قال رحمه الله وينبذ لو شرا اي
ينبذ الامام امان الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه احمد والبخاري ومسلم ويؤدبه
الامام لانفراده برايه بخلاف ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما يفوت بالتاخير فيعذر
قال وبطل امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلم ولم
يوجد منه سبب الامان ايضا وهو الايمان الا اذا امره امير العسكر ان يؤمنهم فيجوز امانه
لزوال ذلك المعنى برأي المسلم قال واسير وتاجر لانهما مقهوران

٥٥

تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان
عن المصلحة ولو جاز لوجد هذا ليتخلصوا بامانه كلما اشتد عليهم الامر فيؤدي الى سد باب الفتح
وكذا امان المسلم الذي اسلم في دارهم ولم يهاجر الينا وكذا لو دخل مسلم في عسكر اهل الحرب من
دار الاسلام وامنهم لا يصح امانه لانه مقهور بمنعتهم فلا يصلح الا اذا امنهم من تعاونهم بخلاف
ما اذا امن عشرين او نحوهم في دار الاسلام حيث يجوز امانه لان الواحد وان كان مقهورا باعتبار
نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين اوهم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين فكان قاهرا
لهم حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكونون في قهره حقيقة ولا حكما الا ترى ان قوما من
اهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير امان كانوا فيئا ولو دخل جند عظيم منهم فغلبهم قوم من المسلمين
حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار الاسلام او في دار الحرب
الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بشوكتهم اذا كانوا جندا عظيما والا فالامان فلا يجوز غدرهم
قال رحمه الله وعبد محجور اي لا يجوز امان عبد محجور عليه عن القتال
وعن محمد وهو الشافعي يجوز امانه وابو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي
لمحمد والشافعي ما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم اي ادناهم
حالا وهو العبد ولانه مؤمن من اهل القتال وهذا لان الاذن تاثيره في دفع المانع لا في اثبات
الاهلية لمن ليس باهل واهليته هذا التصرف بالايمان والامتناع وهذا لو عقد معهم عقد الذمة
جاز لما قلنا فكذا هذا بل اولى لانه ليس للتابيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه وانما لا يملك
القتال لما فيه من تعطيل مصالح المولى ولا تعطيل في الكلام المجرد بل فيه نفع يعود الى المولى وغيره
من المسلمين اذ الكلام فيه في مثل هذه الحالة ولابي حنيفة ان الامان جهاد معنى لما ذكرنا وهو محجور
عليه عن الامان بالضرورة تحققه ان الامان ازالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه
فكيف يصح امانه ولانه نوع جهاد فلا يعلم الامن بما شيء فيخطئ ظاهرا فيمنع كيلا ينسد عليهم باب
الفتح بخلاف العبد الماذون له في القتال لانه عالم بوجوه الجهاد ويخافونه لمباشرته القتال
وبخلاف المراة لانها من اهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعالج ما لا يليق بحالها وذلك جهاد منها
فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام فهو كمقدمة الدعوة اليه لانه مقابل

الحربية فيكون نفعه ظاهرا ولانه فرض عليهم عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فاشبه
ولو من صبي لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان مأذونا
له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق ومختلط العقل الذي يعقل الاسلام ويصفه بمنزلة الصبي العاقل

باب الغنائم وقسمتها

قال — ما فتح الامام عنوة قسم بيننا او اقر اهلها ووضع الجزية والخراج يعني اذا فتح
الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين يعني بعد اخراج الخمس كما فعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج
كما فعل عمر بسواد العراق بموافقة الصحابة رضي الله عنهم اجمعين بموافقة الصحابة رضي الله عنهم
وقال عمر رضي الله عنه اما والذي نفسي بيده لولا ان اترك اخر الناس ببانا ليس لهم من شيء ما فتحت
على قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ولكني اتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه
البخاري وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة للغزا
وهذا في العقار واما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد به الشرع ولانه لا يدوم بل
ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظرا لهم ولمن يجي بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب وحده بدون الارض
لانه ينقطع بالموت والاسلام وانما يجوز تبعا للاراضي كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد ثم اذا
من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيا لهم به العمل لان عمر رضي الله عنه
ترك لهم ذلك وهو القدوة في الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا يقدرون على الزرا
الا بآلتها فيكون تكليفهم بها بدون الالة وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي بل
يقسمها بين الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلاء فلا يجوز ابطال ملكهم او حقهم عنها الا ببدل يعدله
والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل اصلا فبالعوض
القليل اولى وهذا لان الادمي حر باصل الخلقة والرق عارض بمشية الامام بعد الاسر فله
ان يتركهم على اصل الحرية ولنا ما روينا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله
عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها فتحت عنوة
قول ابي هريرة فانطلقنا فما يشاء احد منا ان يقتل منهم ما شاء الا قتله فقال عليه الصلوة

والسلام

والسلام لما اشتد عليهم القتل من اغلق بابه فهو امن ومن دخل دار ابي سفيان فهو امن رواه احمد
ومسلم واجارت ام هانى رجلا فارادوا قتله فمنعته فاخبرت بذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال قد اجرنا من اجرت يا ام هانى رواه احمد والبخاري ومسلم ولو كان فتحها بالصلح
لما ذكرنا ولان فيه نظرا لهم ولمن يجي من بعدهم لانهم كالاكرة العاملة لهم العالمة بوجوه الزراعة
والمؤن مرتفعة عنهم والخراج وان قل في الحال فهو اكثر من المال فالقليل الدائم خير من
الكثير المنقطع قال — وقتل الاسرى او استرق او ترك احرارا ذمة
لنا معناه ان الامام بالخيار في الاسرى ان شاء قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني
قريظة فانه قتل مقاتلتهم واسترق ذراريهم وفيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم
لان فيه توفير المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جوازه الا مشركي العرب
والمرتدين لما عرف في موضعه وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه على ما
بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم كالاسترقاق الا مشركي العرب والمرتدين
على ما بينا ان شاء الله تعالى وليس لهم فيمن اسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله او وضع الجزية
عليه بعد اسلامه لا يجوز قال — وحرم ردهم الى دار الحرب والفداء والمن
لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا علينا ودفع شرهم خير من انقاذ الاسير المسلم
لان بقاه في ايديهم عليه مضاف الفنا وتقويتهم بدفع اسيرهم مضاف الفنا فيحرم وعن ابي حنيفة
انه لا باس بان يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من ايديهم واجب
ولا يتوصل اليه الا به وليس فيه اكثر من ترك قتل اسارى الكفار وذلك جائز بدون هذا
الا ترى ان للامام ان يتركهم ويضع عليهم الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم اولى
من استرقاقهم او جعلهم ذمة وقد روي انه عليه الصلوة والسلام فادى بهم اسارى المسلمين
وذكر في السير الكبير ان هذا هو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز
ذلك قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك فلا يجوز ابطاله بدون اخذه
بعوض كسائر المعاوضات بخلاف ما قبلها لانه لم يثبت فيه الملك وانما الثابت فيه حق الملك
فلا يمنع الامام من التصرف فيه ولو اسلم الاسير لا يفادى به لعدم الفائدة الا اذا طابت به

نفسه وهو مامون عليه واما المفاداة بالمال فلا يجوز عند عدم الحاجة الى المال وان احتاجوا
اليه جاز وقال الشافعي يجوز مطلقا وكذا مفاداة اسراهم باسرى المسلمين يجوز عنده لقوله تعالى
فشدوا الوثاق فاما منا بعد واما فداء واخذ عليه الصلوة والسلام من المشركين يوم بدر المال فدآء
عن انفسهم قلنا نسخ ذلك باية السيف لان المن والفداء مذكور في سورة محمد وهي نزلت بمكة
واية السيف في سورة براءة وهي اخر سورة انزلت وعوتب عليه الصلوة والسلام على الاخذ يوم بدر
لولا كتاب من الله سبق الاية فجلس هو عليه الصلوة والسلام وابو بكر يبكيان وقال عليه الصلوة والسلام
لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قال نقتلهم دون اخذ الفداء منهم **قال**
وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق يعني يحرم عقر المواشي في دار الحرب الا بعد اخراجها الى
دار الاسلام بل تذبح وتحرق وقال الشافعي تترك في دار الحرب لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن
ذبح الشاة الا لماكله **ولنا** ان ذبح الانعام جائز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم والحاق
الغيظ بهم تحرق كي لا ينتفعوا باللحم كما تخرب بيوتهم وتقطع اشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق قبل
الذبح لانه منهي عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة وما لا يحرق يدفن في مكان لا يقفون عليه كي لا
ينتفعوا بها وان تعذر عليهم نقل السبي تقتل الرجال منهم وتخلى الذراري في مضيعة حتى يموتوا جوعا
وعطشا كي لا يعود ضررهم علينا بالتوالد **قال** وقسمة غنيمة في دارهم لا
للايداع اي حرم قسمة الغنيمة في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على ان الملك لا يثبت
قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل مسائل منها اذا لحقهم
مدد قبل الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم ومنها ان واحدا من الغانمين
لو وطئ امة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده وصارت ام ولد له وعندنا لا يثبت لفقد
الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا
لا ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث ومنها
ما لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن ومنها ما لو قسم الامام
الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة ولا يصح عندنا وعنده يصح له ان النبي صلى الله عليه وسلم
قسم غنائم خيبر فيها وغنائم بني المصطلق فيها ولان سبب الملك قد تم والاستيلاء على مباح فيثبت

عليه

عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار
الحرب والقسمة فيها معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى والبيع ايضا على الخلاف فيكون حجة عليه
فيه وفي القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا يقعدوا عن الغوث ولان الاستيلاء
يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على استنقاذها ظاهرا اذ القوة لهم في دارهم
فصار كما لو قسم قبل الهزيمة او قبل استقرارها وما روي محمول على انه عليه الصلوة والسلام فتح
تلك البلاد وصارت دار الاسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم تصر دار الاسلام ثم هي تجوز
عندهما وعند محمد تكره كراهية تنزيه وعند الشافعي لا تكره فتترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا
لا تترتب وقيل جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد فيه وقد امضاه وقيل جاز بالاتفاق ان قسم لا
عن اجتهاد فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل على ان القسمة للايداع جائز وصورته
ان لا يكون للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها
الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فان ابوا ان يحملوها اجبرهم على ذلك باجر المثل في رواية السير الكبير
لانه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص كما لو استاجر دابة فنفقت في المفازة او استاجر
سفينة فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل ولا يجبرهم في رواية
السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة
لا يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو استيفاء منه ولو كان في بيت المال
او في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم **قال** وبيعها قبلها اي حرم
بيع الغنائم قبل القسمة لقوله عليه الصلوة والسلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبتاع
مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه ولا ان يركب دابة من فيء
المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد وابو داود ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملكه على ما بيننا
وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه ان يبيع **قال** وشرك الردء
والمدد فيها اي في الغنيمة اما الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال
وهي السبب عندنا لا حقيقة القتال ولهذا يعتبر كونه فارسا او راجلا عندها وعند الشافعي شهود
الوقعة وقد تحقق واما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر الاحراز بالدار وقد شاركوهم

فهذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الامداد والتعاون
على قهر العدو والتلاحق وقد قال الله تعالى حرض المؤمنين وفي عكسه من التقاعد وعدم التناصر
ما يؤدي الى الحرج ثم فلا يجوز وفيه خلاف الشافعي اذا لحقوهم بعد انفصال القتال وبعد الهزيمة
بنا على اصله ان الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا تملك باحد امور ثلاثة بالاحراز بالدار
بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلا في حوزته ومعنى او بالقسمة وهو اكد من الاحراز لانه يحصل
به الملك الخاص او بالبيع لان جوازه يعتمد ملكا مستقدا فالحكم به حكم باستقراره
قال لا السوقي بلا قتال اي لا يستحق اهل سوق العسكر من الغنيمة الا
ان يقاتلوا وفي قول الشافعي يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة وقال عليه الصلوة والسلام الغنيمة لمن شهد
الوقعة ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا ان سبب الاستحقاق
المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو فان
قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضر كالحاج
اذا اتجر في طريق الحج لا ينقص اجره وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او هو محمول على انه شهدها
على قصد القتال قال ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه
اي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات قبل ان تخرج الغنيمة الى دار الاسلام
وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بيناه من قبل
وعند الشافعي يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه
قال وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة لما روي عن
ابن عمر رضي الله عنهما انه قال كنا نصيب العسل والعنب في مغازينا فناكله ولا نرفعه رواه البخاري هذا دليل
على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر ان جيشا غنموا في زمن رسول الله صلى
الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس رواه ابو داود وهذا يؤيد ما ذكرنا وهو محمول
على انه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت
لا اعطي اليوم احدا من هذا شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما رواه احمد ومسلم وابو داود
والنسائي وهذا اقوى حيث لم يامر عليه الصلوة والسلام برده في الغنيمة وعن ابن ابي اوفى

قال اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فياخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه ابو
داود ولم يقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهو رواية السير الكبير وقيدها بها في السير
الصغير لانه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة كالدواب والثياب ووجه الاولى
الاطلاق ما رويناه ولان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب اذ هو لا يقدر ان يستصحب
ما يكفيه من الطعام والعلف فاقيم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز له التناول
ايضا فتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق في الطعام
بين ان يكون مهيا للاكل وبين ان لا يكون مهيا له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردوا
جلودها في الغنيمة ذكره في السير الكبير في الجزور وكذا اكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة
والسمن والزيت وكل شيء هو ماكول عادة وهذا الاطلاق في حق من له سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها
غنيا كان او فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان لهم سهما ولا يطعم الاجير
ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة او طبخ اللحم فلا باس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يوكل عادة
لا يجوز له ان يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبه ذلك لقوله عليه الصلوة والسلام
ردوا الخيط والمخيط ولان هذه الاشيا لا توكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل للتزين ويستعمل
الحطب والطيب يعني عند الحاجة ويوقحون الدواب اذا احتاجوا اليه قال
ولا يبيعونها لما بيناه من قبل ولانه لا يملك الاخذ وانما ابيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملكه بالبيع
وان باعه احدهم رد الثمن الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالسلاح والثياب والدواب والمتاع بغير
حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لانه مال مشترك بينهم فلا يجوز الانتفاع به بلا حاجة والعمل
ان يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا اليه كلهم لان المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم
اولى من مراعاة حق المدد وهو محتمل ايضا لا يدري ايلحق او لا فلا يعارض المحقق عند الحاجة
وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وان احتاجوا اليه لان حاجتهم للوطء والخدمة وكل ذلك من فضول
قال وبعد الخروج منها لا اي بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة
لزوال المبيح وهو الضرورة ولان حقهم قد تاكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم
قال وما فضل رد الى الغنيمة اي الذي فضل في يده من الذي كان اخذه قبل الخروج

الى دار الاسلام لزوال حاجته والاباحة باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان عينا
يتصدق بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شيء عليه ان هلك
لانه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة قال ومن اسلم منهم احرز نفسه وطفله
اي من اسلم من اهل الحرب في دار الحرب احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار لوجود العاصم وهو
الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لانه جزاء الكفر ابتداء او لدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق
وقد اندفع شره بالاسلام واولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا اسلم قبل ان ياخذه المسلمون
وان اسلم بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا ينفع بالاسلام لتحقق الملك وكذا
لو اسلم بعدما اخذ اولاده الصغار وماله ولم يوجد هو حتى اسلم احرز باسلامه نفسه فحسب لانعقاد
السبب في غيره قال وكل مال معه لقوله عليه الصلوة والسلام امرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم وقال عليه الصلوة والسلام لصخر
يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم ودماءهم ولان يده الحقيقية سبقت الى يد الظاهرين
فكانت اولى قال او وديعة عند مسلم او ذمي لانه في يده حكما اذ يد المودع كيد
المودع لانه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما اذا كانت في ايديهما غصبا حيث
يكون فيئا عند ابي حنيفة لان يده ليست كيد المالك وبخلاف ما اذا كان في يد الحربي وديعة
او غصبا لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها قال
ودون ولده الكبير لانه كافر حربي غير تابع له في الاسلام وغيره فلا يكون معصوما عن القتل
والاستغنام بخلاف اولاده الصغار قال وزوجته وحملها لانها كافرة
حربية غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها • وقال الشافعي لا يكون الحمل
فيئا لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية
من غير مولاها فكان هذا في حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل
لعدم الجزئية قال وعقاره لانه ليس في يده حقيقة فيكون فيئا لانه كان
وقال الشافعي هو له ولا يكون فيئا لانه في يده كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار
وسلطانها اذ هي من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد يكون كغيره من الاموال

بناء على ان اليد حقيقة تثبت عليه في العقار والاثر انه لا يتصور فيه الغصب عنده وبه كان يقول
ابو يوسف اولا ثم رجع عنه قال وعبده المقاتل لانه لما تمرد على مولاه
خرج من يده وصار تبعا لاهل داره وما كان غصبا في يد حربي او وديعة فيء لان يده ليست
بمحترمة وكذلك اذا كان في يد مسلم او ذمي غصبا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان
المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك
بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا
ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام واباحة التعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان
فكان محلا للتملك على ما كان وابو يوسف مع ابي حنيفة في رواية ومع محمد في اخرى ولو ان
مسلما او ذميا دخل دار الحرب بامان فاصاب مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من
اسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا الا في حق مال في يد حربي في رواية ابي سليمان لان العصمة
كانت ثابتة لهذا المال تبعا لمالكه فلا تزول وفي رواية ابي حفص يكون فيئا لما ذكرنا وقالوا
رواية ابي سليمان اصح وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم واما اذا اغاروا عليها ولم يظهروا
فكذلك الحكم عند محمد وعند ابي حنيفة يصير جميع ماله فيئا الا نفسه واولاده الصغار فمحمد سوى
بين الاغارة والظهور لاستوائهما في السببية للملك وابو حنيفة فرق بينهما والفرق
انه بالظهور صارت الدار دار الاسلام فكانت يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار
منعة المسلمين ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز ابطالها واما بالاغارة لم تصر دار اسلام فلم تصر
يده على المنقول ثابتة حكما لان يد اهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار
المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار الحرب والعصمة انما تثبت
باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم توجد فبقيت على الاصل الاباحة وحكم من اسلم في دار الحرب
وخرج الينا على هذا التفصيل ذكره في المحيط

فصل في كيفية القسمة

يجب على الامام ان يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم الاخماس
الاربعة على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين قال

للراجل سهم وللفارس سهمان وهذا عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وبه اخذ
الشافعي لقول ابن عمر انه عليه الصلوة والسلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما
رواه الجماعة ولان الاستحقاق بالغنا وغناوه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر
والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة قول مجمع بن حارثة قسمت خيبر الى ان قال
انه عليه الصلوة والسلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه احمد وابو داود ولان
الكر والفر من جنس واحد اذ الفر ليس بمستحسن لنفسه وانما استحسن لاجل الكر فيكون
غناوه مثلي غنا الراجل فيفضل عليه بسهم ولان مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم
على سبب ظاهر وهو الراس والفرس مع انا نمنع ان زيادة الغنا يستحق به الزيادة بل ما ذكرنا
الا ترى ان الشاكي بالسلاح اكثر غنا من الاعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة ولان الفرس تبع
فلا يزيد سهمه على الاصل وما رواه محمول على التنفيل كما روي انه عليه الصلوة والسلام اعطى سلمة
ابن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه احمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلا اجير طلحة والاجير
لا يستحق سهما من الغنيمة وانما اعطاه رضخا لحسن قتاله وقال خير رجالنا سلمة بن
الاكوع وخير فرساننا ابو قتادة قال ـــــ ولا يسهم الا لفرس واحد اي ولو كان
له فرسان لا يستحق الا سهمين معناه انه لا يسهم الا لفرس واحد اذا قاد فرسين او اكثر
وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لانه عليه الصلوة والسلام اعطى الزبير خمسة اسهم ولانه يحتاج
في القتال الى فرسين ولربما يعيى الواحد ولهما فيحتاج الى الاخر ولهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد ولانه يستحق السهم بالارهاب عند
مجاوزة الدار باعتبار ما يؤول اليه امرهم من القتال معهم فارسا وراجلا والقتال لا يتصور
الا على فرس واحد فلا يسهم لما زاد ولهذا لا يسهم لثلثة واكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية
الزبير انه عليه الصلوة والسلام اعطاه اربعة اسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه
رواه احمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الاكوع والذي
يدل عليه انه ليس فيه انه قاد فرسين قال ـــــ والبراذين كالعتاق
لان الارهاب هو السبب ذكره باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله

اهو

وهو يتناولها والهجين والمقرف ولان العتاق ان كان اقوى في الجري فالبرذون اصبر
والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا واهل الشام لا يسهمون للبراذين
والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى قال ـــــ لا الراحلة والبغل اي
لا يكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل
عليهما قال ـــــ والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة اي يعتبر كونه
فارسا او راجلا عند مجاوزته حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا
استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن ابي حنيفة
انه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا او راجلا حال انقضاء الحرب لانه
سبب الاستحقاق اما المجاوزة فوسيلة السبب فلا تعتبر كالخروج من البيت
ان المجاوزة نفسها اقوى الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا يحتاج عند الدخول الى شوكة
وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا تكتب الامام اسامي الفرسان
والرجالة عندها لا غير ويقول العدو كم دخلوا والجهاد يكون بالارهاب كما يكون بالقتال
وبه يستحق الفارس الزيادة لا بالقتال فعلم بذلك ان الارهاب والارعاب اشد عليهم من
القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون به عدو الله وبقوله ولا يطؤن موطئا يغيظ
الكفار ولانه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة اولى بالاعتبار لحصول المقصود
عندها وهو الشرط الا ترى ان احدا لم يشترط بقاء الفرس الى تمام الاستحقاق حتى لو هلك
الفرس بعد انقضاء الهزيمة قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا مخالف فيه الا
الشافعي لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر لانه حال التقاء الصفين والاحكام لا تتعلق
بها ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس وكذا لو كان في السفينة
لتهيئه للقتال فارسا وهو كالمباشرة الا ترى ان الردء والمدد يستحقون به وكذا الجند فيما
اصابت السرية ويشترط ان يكون الفرس صالحا للقتال بان يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل
بمهر او مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه او رهنه او اجره
او وهبه بعد المجاوزة في رواية الحسن عن ابي حنيفة اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية

يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات تدل على انه لم يكن من قصده المجاوزة
القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان وكذا اذا باعه حال القتال عند
البعض والاصح انه لا يستحق سهم الفرسان لان بيعه يدل على ان غرضه التجارة الا انه كان ينتظر
عزته ولو دخل على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق
سهم الفرسان في رواية اعتبارا للمجاوزة وفي رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم يصمم على
القتال فارسا حيث دخل على هذا الفرس مع علمه ان لصاحبه ان يسترده اي وقت شاء او ان
مدة الاجارة تنقضي قال والمملوكة والمراة والصبي والذمي الرضخ لا السهم
لقول ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى
ويحذين من الغنيمة واما بسهم فلم يضرب لهن وقال ايضا لم يكن للمراة والعبد سهم من الغنيمة
الا ان يحذيا من غنائم القوم رواهما احمد ومسلم وقال ايضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي
المراة والمملوك من الغنائم دون نصيب الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله
والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا
السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم على القتال وما روي انه عليه الصلوة
والسلام اسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواها الترمذي وللنسائي فيما رواه احمد
وابو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ
لهم اذا باشروا القتال او كانت المراة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن
حقيقة القتال فيكون جهادها عملا يليق بحالها او دل الذمي على الطريق لان في الدلالة
منفعة للمسلمين ولا يبلغ الرضخ السهم لانهم ليسوا من اهل الجيش في عمل الجهاد الا في دلالة الذمي
فانه يزاد على السهم اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا
يلزم منه التسوية في الجهاد اذ ما ياخذه من الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير
لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستاجر لا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كاهل
سوق العسكر وان لم يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له اجر ونصيب في الغنيمة قال
والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل ويقدم ذو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم

يقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلث وقال الشافعي رحمه الله لذوي القربى خمس
الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هشم وبني
المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله ان الخمس يقسم اثلاثا عندنا وعنده اخماسا سهم لذوي القربى
وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة لقوله تعالى فان
لله خمسه وللرسول ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة
ايدي الناس وحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب ولا في
السنة بين الفقير والغني واعطى عليه الصلوة والسلام العباس وقد كان غنيا ان الخلفاء الراشدين
قسموه على ثلثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين ان قسمته عليه الصلوة والسلام
لم تكن بطريق الحتم وفيما روي اشارة الى ان الاغنياء منهم لا يستحقون لان العوض انما يثبت في
حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه الصلوة والسلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة
الا ترى انه عليه الصلوة والسلام علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك
بين اصابعه وتبين بهذا ان المراد من ذوي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم يحرم
المذكور على بعض الهاشمي لعدم النصرة كاولاد ابي لهب وقد بيناه في الزكوة تحققه انه عليه الصلوة
والسلام اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل فجاء عثمان وهو من بني عبد شمس وجبير بن
مطعم وهو من بني نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم ولكن
نحن وبنو المطلب من القرابة اليك سواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معي في الجاهلية
والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين ارادت قريش قتله عليه الصلوة والسلام ودخل
بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش ولو كان لاجل القرابة لما خصهم لان عبد شمس ونوفلا اخوا
هشم لابيه وامه والمطلب كان اخاه لابيه فكانا اقرب منه اليه والمراد بالنصرة كونهم معه
يوانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته
عليه الصلوة والسلام لعدم تلك العلة وهي النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخي لانه في معنى
الصدقة حتى كانوا ياخذونه في زمنه عليه الصلوة والسلام وفي قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء
اشارة اليه وقال الطحاوي سقط نصيب الفقراء ايضا والاول اظهر قال

وذكره تعالى للتبرك يعني ما ذكره الله تعالى في الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه لافتتاح الكلام
تبركا باسمه تعالى لان الكل له وهو غير محتاج الى شيء قال وسهم النبي
صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفي لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده الا ترى
انه كيف اضاف اليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا الصفي وهو شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يصطفيه لنفسه ويستعين به على امور المسلمين وكانت صفية من الصفي رواه ابو داود
قال وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن خمس ما اخذوا والا لا
يعني وان لم يكونوا ذوي منعة لا تخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي الماخوذة قهرا وغلبة
فلا تخمس وان دخلوا باذن الامام فالمشهور انه تخمس لانه لما اذن لهم التزم نصرهم بالامداد فصار
كالمنعة بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا تخمس لانه لا يجب عليه نصرهم كي لا يلزم وهن المسلمين
قال رحمه الله وللامام ان ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله
للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى
يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه الصلوة والسلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل
قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد
الخمس في رجعته رواه احمد وابو داود وكان عليه الصلوة والسلام ينفل في البداءة الربع وفي الرجعة
الثلث رواه احمد وابن ماجه والترمذي وكانت الزيادة لاجل انهم يكلون وقوله بعد الخمس ليس على
سبيل الشرط ظاهرا لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا الا ترى انه لو نفل السرية
بالكل جاز فهذا اولى ثم قد يكون التنفيل بعد ما ذكر هنا على الدراهم والدنانير او يقول من اخذ
شيئا فهو له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضا
وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما او رضخا فلا يتهم فيه
بخلاف ما اذا قال من قتلته انا فلي سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف
ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه ميز نفسه منهم ثم انما يستحق السلب
بقتله اذا كان المقتول مباح القتل حتى لا يستحق السلب بقتل النسا والصبيان والمجانين
لان التنفيل تحريض على القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه

لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد
وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال او هم مقاتلون برايهم ولا ينبغي له ان ينفل بكل الماخوذ
من العسكر الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم بعد الخمس او لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان
المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه ابطال تفضيل
الفارس على الراجل او ابطال الخمس فلا يجوز قال وينفل بعد الاحراز من
الخمس فقط يعني لا يجوز ان ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين
قد تاكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس
حق فجاز للامام ان ينفل منه • فان قيل حق الفقرا ايضا قد تاكد في الخمس فوجب ان لا
يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين • قلنا انما جاز ذلك باعتبار ان المدفوع اليه مصروف
بان كان فقيرا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فلهذا جاز صرفه الى فقير لم يقاتل فصرفه
الى فقير قد قاتل اولى لان فيه مصلحة المسلمين وصرف المال الى المستحق واما اذا كان المدفوع
اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلثة قال
والسلب للكل ان لم ينفل اي السلب لجميع الجند من جملة الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال
الشافعي هو للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر انه نصب شرع
لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عنا فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا
قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه من لا يستحق الغنيمة
وانما قلنا انه غنيمة لانه ماخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا يعتبر المباشرة
الا ترى ان الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة قتال فتقسم قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل
فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال
قد انتهيت الى ابي جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت اتناوله بسيف لي
غير طائل فاصبت يده فندر سيفه فاخذته فضربته حتى قتلته ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته
فنفلني بسلبه رواه احمد ولو كان السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه ان عادتهم كانت
جارية بان السلب كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة

فله سلبه يوم حنين لما اصابهم ما اصابهم واراد بذلك عليه الصلوة والسلام تحريضهم على القتال
حتى روي ان ابا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله واخذه بعد ما كان تركه واخذ ابو طلحة يومئذ
سلب عشرين رجلا والذي يدل على ما قلنا ان خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله وكان
عليهم اميرا فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك فقال اعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب شرع
لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم واحمد ولا يقال لعل هذا متقدم لان عوف ابن مالك ذكر
انه قال لخالد وهو الراوي لهذا الحديث ما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل
قال بلى لكني استكثرته ولو كان نصب شرع لاستحقه وان كثر ولم ينهه عليه السلام عنه وانما منعه خالد
لانه لم ينفلهم في تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر في جنس واحد على ما بيناه من قبل وليس في
الحديث ما يدل على قتله مقبلا فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه ثم
اذا مات المقتول على قوله فلا اشكال فيه ان سلبه يكون للقاتل وان تاخر موته فان لم يقسم
الغنيمة قبل ان يموت فكذلك وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تاكد
ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون في موته فقال مات قبلها وقالوا مات بعدها
فالقول قولهم لانهم ينكرون ولو اثخنه واحد وقتله اخر فالسلب لمن اثخنه ولو مات
فسلبه المشركون ثم وقع سلبه في الغنيمة لا ياخذه القاتل لوجوده نفسه ولم يسلبوا منه
ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب بالاخذ فانقطع ملك القاتل
واذا لم يسلبوا منه لا يملكوا منه شيئا **قال** وهو مركبه وثيابه وسلاحه
وما معه يعني السلب هو هذه الاشياء للعرف وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه
على الدابة من ماله في حقيبته او في وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكره في الهداية وفي
المحيط لو قال من قتل قتيلا فله سلبه فقتل رجل راجلا ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين
يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه
بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق
الباقين عنه فاما الملك فلا يثبت له حتى يحوزه بدار الاسلام لما بيناه من قبل حتى لو قال الامام من
اصاب جارية فهي له فاصابها رجل واستبراها لا يحل له وطيها ولا بيعها وكذا لو اتلف النفل عنه

من الغزاة بعد ما اخذه لا يجب عليه ضمان وفيه خلاف محمد بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل
عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية في دار الحرب يحل له وطيها بعد الاستبراء فكذا هذا
بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها حيث لا يجوز له وطيها لانه لم يملكها لعدم
الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر
ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار كما في الغنيمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا
فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر وانما اثره في افادة التخصيص
وقطع الشركة فاما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذي كان سببا قبله فاشبه المتلصص من هذا
الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لان السبب فيها العقد والقبض

باب استيلاء الكفار قال رحمه الله

سبى الترك الروم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء من المباح سبب الملك وقد تحقق لان
الكلام فيما اذا استولى كافر على كافر حر او على ماله في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب
الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو ذلك فكذا بهذا السبب كالمسلم بل اولى لان الدنيا
لهم والكفار بعضهم يستحل دم البعض واموالهم عند اختلاف الملك والملك فوجب ان يملكوهم
بالاستيلاء كما يملك المسلم به **قال** وملكنا ما نجده من ذلك ان غلبنا عليهم اي
من الذي سبوه من الروم او اخذوه من اموالهم لانهم لما ملكوهم واموالهم التحقوا بسائر اموالهم
فنملك عليهم سائر اموالهم نملك هذا المال **قال** وان غلبوا على اموالنا
واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لان استيلاء الكفار محظور ابتداء
وحين احرزوه بدارهم لوروده على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي
سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء
المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة
في حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة في حقهم كالمسلم ولنا ان الحرمات
في الاموال تثبت على منافاة الدليل والاصل فيه الحل ولا يكون معصوما لقوله تعالى هو الذي خلق
لكم ما في الارض جميعا الا ان العصمة فيه لمن اختص به بسبب من الاسباب كالشراء وغيره ضرورة

تمكنه من الانتفاع به قطعا للمنازعة فاذا زال تمكنه بسبب احرازهم بدارهم عاد الى الاصل
ولم يبق معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه ان الله تعالى سمى
المهاجرين فقرا بقوله للفقرا المهاجرين مع وجود ديارهم واموالهم في دار الحرب ولو كان
ملكهم باقيا لصاروا اغنيا به وقال عليه الصلوة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم
باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك ان استيلاهم على مال مسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلا
المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قايم فيبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها ليست
محلا للتملك لان الادمي خلق ليتملك لا ليتملك وانما يثبت فيه محلية الملك بالكفر المعارض بخلاف
ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلا ويتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر ان
المسلمين يستنقذونها منهم مالم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند اذان
الجمعة والطواف مع الشتم والصلوة في الارض المغصوبة والاشتغال بالقراة والنافلة عند ضيق
الوقت فان هذه الاشيا محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل
الاجل فما ظنك بتعليل العاجل وهو الملك في الدنيا قال —— وان غلبنا عليهم
فمن وجد ملكه قبل القسمة اخذه مجانا وبعدها بالقيمة اي ان غلب المسلمون على اهل دار الحرب
فمن وجد منهم ماله الذي اخذه العدو قبل ان تقسم الغنيمة بين المسلمين اخذه بغير شي وان وجده بعد
القسمة اخذ بالقيمة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان المشركين احرزوا ناقة رجل
من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه الصلوة والسلام ان وجدتها
قبل القسمة فهي لك بغير شي وان وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة ان شيت فعلى هذا احمد كما روي
عنه عليه الصلوة والسلام انه رده الى مالكه او يحمل على انه تخلص منهم قبل ان يحرزوه بدارهم ثم
رده لاصحابه ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظرا له غير ان الاخذ
بعد القسمة ضررا لما خوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذ بالقيمة ان شا ليعتدل النظر من الجانبين
والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه بغير شي قال —— وبالثمن لو اشتراه
تاجر منهم اي لو اشترى ما اخذ العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام اخذه المالك
القديم بثمنه الذي اشتراه به التاجر من العدو ولانه لو اخذه بغير شي لتضرر التاجر فياخذه

بثمنه

64

بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ولو كان البيع
فاسدا ياخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم ياخذه بقيمته دفعا للضرر عنه اذ ملكه
فيه ثابت فلا يزال بغير شي ولو كان مثليا فوقع في الغنيمة ياخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا ياخذه
بعدها وكذا اذا كان موهوبا وكذا لو اشتراه التاجر شرا فاسدا او اخرجه الى دار الاسلام او
اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لانه لو اخذه في هذه المواضع لاخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو
اشتراه التاجر منهم باقل منه قدرا او باردى منه له ان ياخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص
ملكه ويعيده الى ما كان فصار فدا لا عوضا قال —— رحمه الله وان فقا عينه
واخذ ارشه اي للمالك القديم ان ياخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وهو المشترى من العدو
وارشه لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شي من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شي من الثمن في ملك
صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراه من غير رضى الشفيع
مكروه وملكه ينقض من غير رضاه فاشبه البيع الفاسد وفيه يضمن الاوصاف مطلقا لكون
الملك غير صحيح كما يضمن في الغصب وكذا في المشفوع اذا كانت مقصودة بالاتلاف حتى لو هدم المشتري
بناه او قلع نخيله يسقط عن الشفيع بحصته من الثمن وفي المرابحة انما اعتبرت الاوصاف حتى
لا يبيعها مرابحة بعد ما اتلفها مقصودا لكونها مبنية على الامانة بخلاف ما نحن فيه ولان
ما يعطيه المالك القديم فدا وليس ببدل في حقه والفدا لا يقابل بشي من الاوصاف ولهذا
لو تعيبت عنده لم ينقص عن المولى شي ولان الاخذ للمالك يثبت على خلاف القياس فيراعى فيه
جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه الصلوة والسلام ان شا اخذه بالثمن وان شا ترك والثمن
اسم بجميعه فلا ينقص ولا ياخذ المولى القديم الارش لان ملك المشتري في الارش صحيح لا شبهة فيه
فلو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد ولو اخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض المالك القديم بذلك
العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم او هبة اخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه
بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لاجله قال ——
فان تكرر الاسر والشرا اخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين معناه ان عبد المرء
اسره العدو فاشتراه رجل تاجر فادخله دار الاسلام ثم اسره العدو ثانيا فادخلوه دار الحرب

فاشتراه رجل اخر فادخله دار الاسلام اخذه المشتري الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على
ملكه فيكون خيار الاخذ له ثم اذا اخذه هو ياخذه المالك القديم بالثمنين ان شا اي الثمن الذي
اشتراه به الاول من الحربي والذي اشتراه به الثاني من الحربي لان المشتري الاول قام عليه
بالثمنين احدهما بالشرا الاول والثاني بالتخليص من المشتري الثاني ولو اراد المالك القديم
ان ياخذه من المشتري الثاني ليس له ذلك لان الاسر الثاني لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشتري
الاول غايبا وهو المأسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشتري الاول من التاجر الثاني
ليس للمالك القديم ان ياخذه لان حق الاخذ يثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول
ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشرا الجديد بعينه قال ـــــــ ولا يملكون علينا
مدبرينا وام ولدنا ومكاتبينا ونملك عليهم جميع ذلك بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا في محله
وهولا ليسوا بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه وكذا
غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم
وجعلهم ارقا ولا جناية من هولا قال ـــــــ وان ند اليهم جمل فاخذوه
ملكوه لتحقق الاستيلا عليه فاذا اخذه احد واخرجه الى دار الاسلام مغنوما او مشترى
فللمالك ان ياخذه على التفاصيل التي بيناها قال ـــــــ وان ابق اليهم
قن لا اي لا يملكونه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه
من الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا اخذوه من دار الاسلام ملكوه
فصار كالجمل الناد اليهم ولابي حنيفة رحمه الله انه ادمي ذو يد صحيحة حتى اذا اودع وديعة
لم يكن للمولى حق القبض وكذا اذا اشترى نفسه من المعلى فليس للمولى ان يحبسه فيكون في يد
نفسه وانما لا يظهر على نفسه في دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع
به وقد زالت يد المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار
معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى عليه
باقية لقيام يد اهل الدار عليه فمنع ظهور يده ولهذا لو وهب لابنه الصغير ملكه الابن لكنه
ولو وهب بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان العجما ليس لها يد فاذا خرج

عن يد المولى يملكها من اخذها واذا لم يثبت الملك لهم في العبد عند ابي حنيفة ياخذه المولى
القديم بغير شي مغنوما كان او مشترى او وجده معه ما اسلم في يده او بعد ما صار ذميا
ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك
جعل الابق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعي انه ملكه سوا كان غازيا او مشتريا
قال ـــــــ ولو ابق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم اخذ العبد مجانا
ويعني بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ياخذ العبد بالثمن ان شا اعتبارا
بحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه في كل فرد مغنوما او مشترى فان قيل
ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شي على قول ابي حنيفة لانه لما ظهرت يد العبد
على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق
من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق
فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق المال قال ـــــــ
وان اشترى مستامن عبدا مسلما وادخله دارهم او امن عبد ثمة فجا بنا او ظهرنا عليهم عتق
اي اذا اشترى كافر عبدا مسلما وادخله دارهم او امن عبد حربي في دار الحرب فخرج الى
دار الاسلام او الى عسكر المسلمين او ظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله اما الاول
وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما وادخله دارهم فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يعتق لان استحقاق الازالة كان بطريق البيع وقد انتفى ذلك بالدخول في دارهم لعجز
الامام عن الالزام فبقي في يده عبدا على ما كان لان دار الحرب لا ينافي الملك بل الادخال
فيها سبب الملك الا ترى انهم لو اسروا عبدا مسلما واحرزوه بدارهم ملكوه ابتدا فالاستدامة
اولى لان البقا اسهل من الابتدا ولابي حنيفة ان العبد المسلم استحق الازالة عن ملك
الكافر بالبيع كي لا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الاسلام لما ان لمال
المستامن حرمة كمال الذمي واذا عاد الى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن
اخراجه عن ملكه وعن اعتاقه عليه اذ لا ينفذ قضاوه على من في دارهم فاقيم اعراضه بدار
الحرب مقام القضا بالعتق اقامة للشرط مقام العلة اذ تباين الدارين شرط الزوال

مستامن نخ

صح

الملك في الجملة الا ترى انه اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من
ادخلوه دارهم غير صحيح لان كلا منافيها وجب ازالته عن ملكه والذي ادخلوه في دارهم غير
صحيح لان كلا منافيهن وجب ازالته من ملكه والذي ادخلوه في دارهم لم يملكوه قبله حتى
تجب ازالته وانما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد حربيا
لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح وكذا
اذا اسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم او ذمي في دارهم على هذا الخلاف لهما
ان العتق في دار الحرب لعتقه زوال الاختصاص ولم يوجد اذ تهو التابع زال الى تهو المشتري
فصار كانه في يد البايع ولابي حنيفة ان تهو البايع زال حقيقة والحاجة الى ثبوت تهو
المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يقتضي زوال تهو عنه عليه
الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ما له اثر في زوال الملك مقام الازالة هكذا ذكره في
الكافي واما الثاني وهو ما اذا امن عبد حربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام
والى عسكر المسلمين او ظهر عليهم المسلمون فلما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
اعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطايف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه احمد وعن
الشعبي عن رجل من ثقيف قال سالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرد الينا ابا بكرة وكان
مملوكا فاسلم فقبلنا فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه ابو داود وعن علي قال خرج
عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم فقالوا
يا محمد ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال اناس صدقوا يا رسول
الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش
حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل
رواه ابو داود ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا
ظهروا على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة
في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى الاثبات ابتداء فكانت يده اولى ولو اعتق حربي عبدا
حربيا في دار الحرب وهو في يده ولم يخله اي قال له اذهب فانت حر لا يعتق حتى لو اسلم والعبد

عنده

عنده فهو ملكه وهذا عند ابي يوسف ومحمد يعتق لصدور العتق من اهله بدليل صحة اعتاقه
عبدا مسلما في دار الحرب في محله لكونه مملوكا ولابي حنيفة انه معتق بلسانه مسترق ببنانه
وهذا لان الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو اخذه بيده في دار الحرب فيكون عبدا
له بخلاف ما اذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء والله جل وعلا اعلم

باب المستامن

قال رحمه الله دخل تاجرنا ثم حرم تعرضه لشيء منهم اي اذا دخل دار الحرب
بامان مسلم تاجر يحرم عليه ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لنهيه عليه الصلوة والسلام عن
الغدر على ما رويناه من قبل الا اذا غدر بهم ملكهم باخذ الاموال او الحبس او غيره بعلمه ولم ينهه
عنه لانهم نقضوا العهد فيباح له التعرض حينئذ كالاسير والمتلصص فيجوز له اخذ اموالهم
وقتل نفوسهم وليس له ان يستبيح فروجهم فان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز
بالدار على ما بينا الا اذا وجد امرأته المأسورة او ام ولده او مدبرته ولم يطأهن اهل الحرب
لانهن لا يملكهن اهل الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن باقيات على ملكه غير ان اهل الحرب
ان وطئوهن يكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له ان يطأهن حتى تنقضي عدتهن
بخلاف امته المأسورة حيث لا يجوز له ان يطأها وان لم يطأها الحربي لانهم ملكوها فصارت
من جملة اموالهم ولهذا لا يجوز له ان يتعرض لها بشيء ان دخل دارهم بامان ولم ينقض الامان
ويجوز له التعرض لزوجته وام ولده ومدبرته لما ذكرنا قال
فلو اخرج شيئا ملكه ملكا محظورا فيتصدق به يعني لو غدر بهم واخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام
ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على
ما بيناه من قبل ولا انعقاد السبب كالاصطياد بقوس مغصوب غير انه حصل بسبب الغدر
فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به قال فان ادانه حربي او
ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه وخرج الينا لم نقض لشيء اي او بالعكس او غصب احدهما
الاخر وخرجا الى دار الاسلام وتحاكما عند حاكم لم نقض لواحد منهما على الاخر لان القضاء يعتمد
الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذ لا قدرة للقاضي فيه على ما هو في دار الحرب

اي تاجر الملك دخل دار الحرب بامان
[illegible]

ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزمه
فيما يستقبل من حكم مباشرها في دار الاسلام والغصب في دار الحرب سبب يفيد الملك لانه
استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالادانة فاذا ملكه فليس للحاكم ان يتعرض له بالحكم
ولكن يفتي المسلم برد المغصوب ويأمره به لانه التزم بالامان ان لا يغدرهم وهذا غدر ولا يقضي
عليه لما ذكرنا وقال ابو يوسف يقضي بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم احكام الاسلام حيث
كان الا ترى انهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا واجيب عنه بانه اذا امتنع في حق المستأمن
امتنع في حق المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما قال وكذا لو كانا حربيين
وفعلا ذلك ثم استأمنا لما ذكرنا قال وان خرجا مسلمين بعدما دان احدهما
صاحبه او غصب منه وانما يقضي بالدين لانها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية
حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وانما لا يقضي بالغصب لان الغاصب ملكه على ما بينا من ورود
الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث فيه واطلاق قوله عليه
الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المؤمن المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر
بالرد لخبث في ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضي عليه لما بينا قال مسلمان
مستأمنان قتل احدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطا • اي مسلمان دخلا دار الحرب
بامان فقتل احدهما الاخر عمدا او خطا تجب الدية في ماله والكفارة في الخطا دون العمد لانها لا تجب
في العمد عندنا على ما عرف في موضعه اما الكفارة والدية في الخطا فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض
بالامان وانما تجب في ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على صيانته مع تباين الدارين والوجوب
عليهم على اعتبار تركها وانما تجب الدية في العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص
قد سقط للشبهة فلابد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان يكون ذلك في ماله وعن ابي يوسف
القصاص يجب عليه لانه بدخول دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من اهل دار الاسلام حيث كان
والقصاص حق الولي يتفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى الامام فيستوفيه • ولنا
لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة لان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا اذ لا منعة دون الامام وجماعة المسلمين

ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب اذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار
الحرب دار اباحة للدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفي لسقوط
العقوبة وان لم يثبت حقيقته الا ترى انه يسقط بقوله اقتلني قال ولا شيء
في الاسيرين سوى الكفارة في الخطا كقتل مسلم مسلما اسلم ثمة يعني اذا قتل احد الاسيرين الاخر
لا يجب سوى الكفارة في الخطا وكذا اذا قتل مسلم مستأمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب
عليه الدية في العمد والخطا في ماله لان المقتول كان معصوما متقوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل
بالامر العارض كما لا يبطل بالدخول دارهم بامان بل اولى لكونه مضطرا ومستأمن باختياره وعدم
القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاسير صار
تبعا لهم بالتقهر فصار حربيا باقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين صاروا اتباعا لهم في دار الاسلام
فاذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كما لو قتل الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله
كقتل مسلم مسلما اسلم ثمة اي في دار الحرب فانه لا يجب بقتله الا الكفارة في الخطا لانه غير متقوم لعدم
الاحراز بالدار فكذا هذا لبطلان الاحراز الذي كان في دار الاسلام بالتبعية لهم في دارهم ولا يرد
علينا المستأمن لانه ليس بمقهور فيمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعا لهم • وقال
الشافعي المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله وتجب الدية
بقتله خطا لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عليه الصلوة والسلام فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام لا غيره ولان العصمة تثبت نعمة وكرامة
فيتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل
الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها
لتحصل كمال الامتناع لان بعض السفهاء لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا
فتكون وصفا لها فيتعلق بما تعلق به الاصل ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية اي كونه
كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الاسلام غير المذكور في الاية وهذا
المعنى وهذا لان الاية سيقت لبيان الاحكام في القتل من انواع ما وجب اولا في المؤمن المطلق

دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر اليناكفارة ثم اوجب بقتل الذمي دية وكفارة فلا يزداد
على واحد منها على ما اوجبه الله تعالى ولا نسلم ان اصل العصمة بالاسلام بل بكونه ذميا لانه طوق
لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له احد واباحة قتله عارض بسبب
افساده بالقتال الاترى ان من لا يقاتل من الكفار كالذمي ومن دار الحرب لا يجوز قتله لعدم
الافساد والمقومة تختص بالاحراز بالدار الاترى ان الذمي مع كفره متقوم بالاحراز ولا تاثير
للاسلام في تحصيل العصمة لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت
النفس معصومة بالادمية فالمال يتبعها ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف وانه خلق عرضة للاهلاك
لانه لا بقاء الا به فيكون معصوما بعصمتها واما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم
يؤذن بجبر الفائت بالتماثل فيسد مسده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال
فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة في المال لا تكون الا بالاحراز بالدار مع كونه
اصلا فيها ففي النفس اولى لانها تبع فيها ولعيس فيما رواه ما يدل على ما قال لانهم عصموا النفس
بترك القتال والتزام الجزية ولو تركوا فلم يعصموا ولو لم يؤدوا الجزية لعصم الكافر نفسه على اعتبار انه
بترك الافساد عند ادائها **فصل قال رحمه الله** لا يمكن مستامن فينا سنة
ويقال له ان اقمت سنة وضع عليك الجزية اي اذا دخل الحربي دار الاسلام بامان لا يمكن ان يقيم
فيها سنة ويقول له الامام ان اقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان الكافر
لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا
لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب
التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة يجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة
الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه فان مكث سنة فهو ذمي لالتزامه الجزية فتعتبر المدة
من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام ان يقدر له اقل من ذلك اذا راى كالشهر
والشهرين فاذا اقامها بعد ذلك صار ذميا وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير
ذميا عند اقامته في دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام فانه قال اذا لم يقدر له الامام
مدة فالمعتبر هو الحول لانه لا بد من العذر والحول حسن لذلك كما في تاجيل العنين ثم اذا صار

ح
العيا بالسكر الحلال او بحجر الاطبا

قال

ذميا بمضي المدة المضروبة له استانف عليه الجزية بحول يجيء الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث
سنة اخذ ها منه فيأخذها منه حينئذ كما تمت السنة **قال** فلم يترك
ان يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج او نكحت ذميا لا عكسه يعني لا يترك ان يرجع الى دار الحرب
بعدما مكث في دارنا سنة كما لا يترك ان يرجع اليهم بعدما وضع عليه الخراج واذا تزوجت الحربية
ذميا لانها تصير بذلك ذمية لالتزامها القيام معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربي ذمية
لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام في دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع ان يخرج الى دار الحرب
واذا صار ذميا يمنع لان في عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا وتوالده في دار الحرب
وقطع الجزية وقوله كما لو وضع عليه الخراج دليل على انه يصير ذميا بنفس الشرا لانه لما اشتراها
وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام والمراد من وضع الخراج
التزامه بمباشرة الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشرا قد يكون
للتجارة فلا بد لنا على التزامه احكام الاسلام واما الزراعة وترك الارض على حالها الى اوان
الخراج فدليل على التزامه احكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب عليه احكام اهل الذمة من وجوب
القصاص بقتله ومنعه الرجوع الى دار الحرب وسائر احكام اهل الذمة واول مدته من وقت
الوجوب حتى اذا لزمه الخراج يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا بلزومه وقوله
او نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المراة تابعة للزوج في السكنى حتى
كان له ان يسكنها حيث شاء وتصير ممنوعة باقامته فتصير راضية بالمقام معه في دارنا فتصير
ذمية بمجرد التزوج وقوله لا عكسه اي لو تزوج حربي ذمية لا يصير ذميا لانعكاس الاحكام
التي ذكرناها **قال** رحمه الله فان رجع اليهم حل دمه وديعة عند مسلم او ذمي
او دين عليهما حل دمه اي الحربي المستامن رجع الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم
او ذمي او دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه ابطل امانه به فعاد حربيا وما كان
في ايدي المسلمين او الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم امانه في حق
ماله لا يبطل **قال** فان اسر او ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت
وديعته فيئا اما الوديعة فلانها في يده حكما لان يد المودع كيده تقديرا فتصير فيئا

تبعاً لنفسه فصار كما إذا كانت في يده حقيقة وعن أبي يوسف أنها تصير ملكاً للمودع لأن يده
فيها أسبق فكان بها أحق وأما الدين فلأن اليد عليه لا تكون إلا بواسطة المطالبة وقد بطلت لبطلان
مالكيته إذ مملوكيته بالأسر تنافي مالكيته الدين وإذا لم يبق مملوكاً صار ملكاً لمن عليه لأن يده أسبق
عليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيئاً لأن الفيء هو الذي يملك قهراً ولا يتصور ذلك في الدين لأنه ليس
بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء على ما ملكه استيلاء عليه
ولو كان له رهن عند أبي يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويستوفي ثمنه الدين والفاضل
لبيت المال **قال** وإن قتل ولم يظهر أو مات فقرضه ووديعته لورثته
لأن حكم الأمان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لأنهم قائمون مقامه بخلاف المسألة الأولى لأن نفسه
لما كانت مغنومة يتبعها ماله لأنه في يد مودعه كيده وههنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله
فكأنه مات والمال في يده لما ذكرنا فإن قيل ينبغي أن ماله فيئاً كما إذا أسلم الحربي في دار
الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئاً فلا يكون يد
المودع كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة
في المستشهد به لأن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة فلا تزول بالشك
قال وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة أي في دار الحرب وأولاد صغار
وكبار ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء أما المرأة وأولاده
وما في بطنها والكبار فلما بينا في باب الغنائم وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يتبع
أباه ويصير مسلماً بإسلامه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك
وأمواله لم تصر محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فيبقى الكل فيئاً وغنيمة ولو سبي الصبي
في هذه المسألة وصار في دار الإسلام فهو مسلم تبعاً للأب لأنهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل
إخراجه إلى دار الإسلام حيث لا يكون مسلماً لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو فيء على حاله لما ذكرنا
وكونه مسلماً لا ينافي الرق لما عرف في موضعه **قال** وإن أسلم ثمة
أي في دار الحرب فجاء أي إلى دار الإسلام فظهر عليهم أي على أهل الحرب فولده الصغير حر مسلم وما
أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء وهو أولاده الكبار والمرأة والعقار لأنه لما أسلم في

حش أي على الدين

دار الحرب تبعه أولاده الصغار لاتحاد الدار وأحرز ما في يده أو وديعة عند من ذكر لأنه في يد
صحيحة محترمة بخلاف ما إذا كان مودعاً عند حربي على ما ذكرنا في باب الغنائم من حربي أسلم في دار
الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام لأن حكم المسلمين وأصناف الإسلام حصل فيها في دار الحرب فبطل
حكم عوض من تلك [illegible] الحكم في هذه **قال** ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له أو حربياً
مجاناً بأمان فأسلم فديته على عاقلته للإمام لأنه قتل نفساً معصومة فيتناولها النصوص
الواردة في قتل الخطأ ومعنى قوله للإمام أن الأخذ له ليضع في بيت المال لأنه نصب ناظراً
للمسلمين وهذا من النظر **قال** وفي العمد القتل والدية لا العفو أي لو
قتل عمداً يجب عليه القتل قصاصاً أو الدية بالصلح فينظر فيه الإمام فأيهما رأى بالمصلحة أصلح فعل
ولا يجوز العفو مجاناً لأن تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له إبطال حق المسلمين بغير عوض وكذا
لو كان المقتول لقيطاً للإمام أن يقتل القاتل عندهما خلافاً لأبي يوسف هو يقول المولود في دار
الإسلام لا يخلو عن الوارث غالباً وهو كالمتحقق أو يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية
للإمام فكان فيه شبهة ولهما أن الحق إنما يثبت للعبد بطريق قيامه مقام الميت نظراً للميت والمجهول
الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح ولياً فصار وجوده كعدمه فتنتقل الولاية
إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث ولا يقال تردد له الحق يوجب سقوط القصاص
كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لأنا نقول السلطان ههنا نائب عن العامة فصار
الولي واحداً بخلاف مسألة المكاتب

والقصاص يسقط بالشبهة حو

باب العشر والخراج والجزية

قال أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية أما أرض
العرب فلأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولأنه بمنزلة
الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها
على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لقول عائشة
رضي الله عنها آخر ما عهد إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه
أحمد وحدها طولاً ما وراء ريف العراق إلى أقصى حجر باليمن وعرضاً من جدة وما والاها من الساحل

الى حد الشام • واما ما اسلم اهله عليه او فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات
ويشترط فيه النية وارفق لانه اخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج قال
والسواد وما فتح عنوة واقر اهله عليه او فتح صلحا خراجية لان عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع
عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص واجتمعت الصحابة
رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج
اليق به لما فيه معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الخارج
وهو اكثر من العشر ايضا وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض
خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر والخراج متعلقان
بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج والمراد بالانهار الانهار التي
احتفرتها الاعاجم كنهر يزدجرد لتكون المسألة اجماعية لان الانهار العظام كسيحون وجيحون
فيها خلاف ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكوة وكذا مراده في التفصيل من حق المسلم اما الكافر
فيجب عليه الخراج من اي ماء سقي لان الكافر لا يبتدئ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء
اجماعا وانما الخلاف فيه في حالة البقاء فيما اذا ملك ارضا عشرية هل يجب عليه الخراج او العشر او
العشران وقد ذكرناها في الزكوة ولا يقال اذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء يكون ابتداء
المسلم بالخراج وذلك غير جائز لانا نقول ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الارض لما لم تثمر
الا بالماء اعتبر الماء المأخوذ من العدو فجعلناه وظيفته الخراج والمسلم اذا سقى ارضه به
فقد التزم الخراج في حالة البقاء وذلك لا يمتنع بالاسلام الا ترى انه لو اشترى ارضا خراجية يؤدي
خراجها لما قلنا وانما لم يوظف النبي صلى الله عليه وسلم على اراضي مكة مع انه فتحها عنوة واقر اهلها عليها
لان العرب لا يوضع على اراضيهم الخراج كما لا يوضع على رقابهم الجزية والرق على ما عرف في موضعه
ثم ارض السواد مملوكة لاهلها عندنا • وقال الشافعي ليست بمملوكة لهم وانما هي وقف على المسلمين واهلها
مستاجرون لها لان عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين فاجرها وقال ابو بكر الرازي هذا
غلط لوجوه احدها ان عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج

وامتنع

وامتنع بلال واصحابه فدعا عليهم وابى الاسترضاء • ثانيها ان اهل الذمة لم يحضروا والغانمين
على تلك الاراضي فلو كان اجارة لاشترط حضورهم • ثالثها انه لم يوجد في ذلك رضا اهل الذمة
ولو كانت اجارة لاشترط رضاهم • ورابعها ان عقد الاجارة لم يصدر بينهم وبين عمر ولو كانت
اجارة لوجب العقد • وخامسها ان جهالة الاراضي تمنع صحة الاجارة • وسادسها جهالة المدة
تمنع من صحتها ايضا • وسابعها ان الخراج مؤبد وتابيد الاجارة باطل • وثامنها ان الاجارة
لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنه • وتاسعها ان عمر اخذ الخراج عن النخل ونحوه ولا يجوز
اجارتها • وعاشرها ان جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يبيعون الارض المستاجرة وكيف
يجوز لهم شراؤها قال ولو احيى ارضا مواتا تعتبر قربه اي قرب ما احياه
فان كانت الى الخراج اقرب فهي خراجية وان كانت الى العشر اقرب فهي عشرية وهذا عند
ابي يوسف لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع
به وكذا لا يجوز احياء ما قرب العامر وقال محمد رحمه الله ان احياها بماء الخراج كالانهار التي احتفرها
الاعاجم فهي خراجية والا فهي عشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم واما الكافر فيجب
عليه الخراج مطلقا قال والبصرة عشرية لاجماع الصحابة على ذلك
والقياس ان تكون خراجية لانها افتتحت عنوة واقر اهلها عليها من جملة اراضي العراق ولكن
ترك ذلك باجماعهم وهذا اورد اشكالا على قول ابي يوسف حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بلازم
لانه اعتبر الحيز في اراضي الموات لا في المفتوحة عنوة ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة
وهو ان يكون الواجب جزءا شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو
ان يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه
على سواد العراق على ما يجيء بيانه قال وخراج جريب صلح للزرع صاع
ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب النخل المتصل عشرة دراهم لانه المنقول
عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان يمسحان سواد العراق فبلغت ستة
وثلاثين الف الف جريب ووضعا ذلك على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان
اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى اشدها الاقل وعلى الوسط الوسط

والجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى وانما يزيد على ذراع العامة بقبضة
وقيل هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المتعارف عندهم والصاع اربعة
امنا والمنا مائتان وستون درهما ويعطى الدراهم من اجود النقود وذكر في النهاية معزيا
الى فتاوى قاضي خان ان القفيز من الحنطة او الشعير بلفظ التخيير وقال في الكافي هو يكون
من الحنطة وقال كذا في كتاب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع اخر ويكون هذا القفيز مما يزرع
في تلك الارض وهو الصحيح ومما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران
يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر الا ترى انه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما
الارض ما لا تطيق قالوا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ
الواجب نصف الخراج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين
ولا يزاد عليه لان للاكثر حكم الكل **قال** وان لم تطق ما وضع نقص
خلاف الزيادة يعني لا يجوز وان اطاقت لان قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما ما لا تطيق وقولهما
لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة لما وضع
فلولا انه يجوز لما قصد ذلك واخبراه بانها تطيق اكثر من ذلك ولم يزد فلو كان جايزا لزاد ثم
الحاصل من هذا انه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه من سواد العراق لانه خلاف
اجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وما وظفه امام اخر من ارض فتحها هو كتوظيف عمر في العراق
لانه باجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولو اراد ان يوظف ابتداء على ارض بقدر طاقتها زيادة
على ما وظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند ابي يوسف
لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة لان خراج التوظيف مقدر شرعا واتباع الصحابة رضي الله
عنهم فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع الزيادة لان النقصان
يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفايدة **قال**
ولا خراج ان غلب على ارضه الماء او انقطع او اصاب الزرع افة اما في الفصلين الاولين فلفوات
النماء التقديري المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا في جميع الحول
شرط واما الثالث فلانه اذا اوجب الاصطلام الذي كان التمكن فائتا مقامه سقط الخلف لتعلق

الحكم

الصحيح

الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فيعلم بسلامة الخارج
وبطل بهلاكه وعلى هذا لو منع انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من الزراعة
والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه
ان يزرع الارض ثانيا واما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام ايضا ان
يذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين
وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف
عين الانصاف على ما مر **قال** وان عطلها صاحبها او اسلم او اشترى مسلم
ارض خراج يجب اي يجب الخراج في هذه الصور اما اذا عطلها صاحبها فلان التمكن كان ثابتا
وهو المعتبر في هذا الباب فلا يعد من التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة
والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها واما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار ذهاب قوته واسبابه
فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له
وان شاء اجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فيأخذ الخراج
من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج
وقال في النهاية هذا بلا خلاف لان فيه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن ابي يوسف انه
يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى اخس مما كان يزرعها
من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ
الظلمة على اخذ اموال الناس بالدعاوي الباطلة بان يقول كانت هذه الارض قبل هذا تنبت
وكيت لشيء هو احسن مما فيها فيفسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم واما اذا اسلم صاحب الارض
الخراجية فلان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فتبقى على المسلم
وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولان الخراج من اثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق
بخلاف الجزية لان الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والارض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتاج
الى ايجاب شيء اخر من المؤن ولان في الجزية صغارا ايضا فلا يبقى بعد الاسلام بخلاف الخراج وقد
روي ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا الاراضي الخراج وادوا خراجها فدل على بقائه

على المسلم وجواز شرائه وادائه من غير كراهية واما اذا اشترى المسلم ارض الخراج فلما بينا
ثم ان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع
قال ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجب فيه العشر مع
الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة
والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج بالتمكن
والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب احدهما لا ينافي
الاخر **ولنا** قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل
والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا واقر
اهلها عليها والعشر في ارض اسلم اهلها عليها طوعا او قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان
في ارض واحدة وسببهما الحقيقي واحد وهي الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي
الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض والاضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل
واحد منهما مؤنة ارض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب ارض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكوة
مع العشر او الخراج حتى لو اشترى ارضا عشرية او خراجية للتجارة ففيها العشر او الخراج
دون زكوة التجارة عندنا وعنده يجب الزكوة مع احدهما ومحمد معه فيه لاختلاف محلهما لان العشر
محله الخارج وكذا الخراج لكن في احدهما حقيقة وفي الاخر تقديرا والزكوة محلها مال التجارة وهي
الارض فلا تنافي بينهما كدين ثمن الارض معها بخلاف العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا
قلنا ان العشر والخراج مؤنة الارض النامية ولهذا يضافان اليها وكذا الزكوة وظيفة
المال النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الارض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله
تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكوة السائمة وزكوة التجارة
باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع احدهما لان الدين يجب
للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا تنافي ان يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال واحد ثم
اذا ثبت انهما لا يجتمعان كان العشر والخراج اولى من الزكوة بالوجوب لانهما صارا وظيفة لازمة لها
ولا يسقطان بعذر الصبي والجنون والرق فهما اسبق وجوبا من الزكوة فيقدر على حالها

ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر
لانه لا يتحقق كونه عشرا الا بوجوبه في نفس الخارج

فصل قال

الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف
في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلثين درعا وثلثين فرسا وثلثين بعيرا وثلثين من
صنف من اصناف يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه ابو داود
وكانوا نصارى وهم اول من اعطى الجزية من اهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز ان النبي صلى
الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان على كل انسان منكم دينارا كل سنة او قيمته من المعافر رواه
الشافعي في مسنده **قال** رحمه الله والا توضع على الفقير في كل سنة اثنا عشر
درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه يعني اذا لم توضع بالتراضي بل وضعت بالقهر
بان غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فتوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر
درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط اربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان
وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية واربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر اربعة دراهم نقل ذلك
عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم احد منهم فصار اجماعا • وقال
الشافعي يضع الامام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا كان ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه
فانه قال ان على كل انسان منهم دينارا ولم يجب على الكل الا بالتراضي والصلح واما الجزية التي
يضعها الامام ابتداء فليس له ان يضع الا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه
الصلوة والسلام انه قال لمعاذ لما خذ من كل حالم وحالمة دينارا وهذا تصريح بانها كانت بالصلح
لان الحالمة لا يؤخذ منها الا به ولانها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة
خراج الارض وهذا لانه بدل الدين ووجب بالنفس والمال ولا بنفسه لا يصلح بخلاف المال
فيجب التفاوت او نقول انها بدل عن النصرة بها والنصرة بها تتفاوت بقوة النفس
وكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلا والمتوسط راكبا والفائق يركب ويركب غلامه وكذا ابدله
ثم ذكر في المبسوط ان الفائق من الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل ولا يمكن ان

يقدر بشيء من المال بتقدير فان ذلك يختلف باختلاف البلدان والاعصار ففي العراق من يملك
خمسين الفا لا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة الاف يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا
الى راي الامام والمتوسط الذي له حال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب والفقير المعتمل هو
الذي يكسب اكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح لو مرض الذمي السنة كلها
فلم يقدر ان يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج راسه لما ذكرنا انه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو
مرض اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحا لجانب الاسقاط في
العقوبة ذكره في الاختيار **قال** ـــــــ وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي
لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ووضع عليه الصلوة والسلام على المجوس
وروي عن عمر رضي الله عنه انه لم ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان
النبي صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر رواه احمد والبخاري وجماعة اخر وروي ان
عمر ذكر المجوس فقال ما ادري كيف اصنع في امرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف اشهد اني سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب رواه الشافعي وهو دليل على انهم
ليسوا من اهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل كسرى امرنا نبينا ان نقاتلكم
حتى تعبدوا الله وحده او تودوا الجزية رواه احمد والبخاري وكانوا عبدة الاوثان وفيه
خلاف للشافعي والحجة عليه ما ذكرنا ولانه يجوز استرقاقهم فكذا وضع الجزية عليهم لانه
استرقاق معنى اذ به يلحقه الصغار والذل ويودي كسبه للمسلمين ونفقته في كسبه واي رق
يكون اعظم من ذلك **قال** ـــــــ لا عربي ومرتد اي لا توضع الجزية على عبدة الاو(ثان)
من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما اما مشركو العرب فلانه عليه الصلوة والسلام نشا بين
اظهرهم والقران نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم اظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه وبوجوه الفصاحة
فتغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما راي محاسن
الاسلام وبعد ما هدي اليه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
في حقهم واذا ظهر عليهم فنساؤهم وذراريهم فيء لانه عليه الصلوة والسلام كان يسترق ذراري مشركي
العرب وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من رجالهم من اهل القو(ة) يقتل

قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد اغلظ من مشركي العرب ولهذا يجبر نساء المرتدين
وذراريهم على الاسلام **قال** ـــــــ وصبي وامراة وعبد ومكاتب وزمن واعمى
وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط اي لا يوضع على هولاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقو(بة)
المنصرة بالقتال ولو ادرك الصبي او افاق المجنون او عتق العبد او برا المريض قبل وضع
الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع اذ
الامام يحرج في تعرف حالهم فيضع على من هو اهل في ذلك الوقت والا فلا بخلاف الفقير اذا ايسر
بعد الوضع حيث توضع عليه لانه اهل للجزية وانما سقطت عنه للعجز وقد زال ذكره في الاختيار
قال ـــــــ وتسقط بالاسلام والموت اي الجزية وقال الشافعي لا تسقط
بهما بعد مضي السنة لانها استقرت في ذمته بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد حصل المعوض
فلا يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام ولا بالموت
ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر او بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا
تقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام على النصرة ببدنه فلا يجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام
فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه ادميا على ما بينا وهو يسكن ملك نفسه
فلا معنى لايجاب بدلها ولا يرد علينا الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه في حالة البقاء ليس بعقوبة
وانما هو من الامور الحكمية حتى يسري الى الولد تبعا بخلاف الجزية **قال** ـــــــ
والتكرار اي تسقط بالتكرار ومعناه اذا لم يوخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط بمضي الزمان فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا اسلم على قولهما
لانه بعد الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت هي فيه وهو الصغار لان المسلم لو قعد
لا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فتسقط للتعذر ولابي حنيفة انها عقوبة وجبت
على الكفر توخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه توخذ منه على وجه الاذلال والصغار
لو بعثها على يد نائبه لا يمكن من ذلك في اصح الروايات بل يكلف ان يحضر بها بنفسه فيعطي
واقفا والقابض منه قاعدا وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له اعط الجزية يا ذمي
والعقوبات الواجبة لله اذا اجتمعت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود والاولى ان الكفارات

تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة اولى
ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط لان القتل يكون
في حراب قايم في الحال وكذا النصرة تكون في المستقبل دون الماضي لانه مستغنى عنه فلا تتصور فيه
التكرار والكثرة ولذا الوجوب عند تمام السنة او قبل التمام لا يوخذ منه وخراج الارض قيل على هذا
الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لانه يجب مؤنة الارض فاشبه العشر ولهذا الاجتماع في العشر
يتكرر فكذا هذا وفي الجامع الصغير ومن لم يوخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى
لم يوخذ منه عند ابي حنيفة وقالا يوخذ منه فحمله بعض المشايخ مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلابد
من المضي ليتحقق الاجتماع ويتداخل بحدد الحق وظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
يدل على ذلك لان الله جعل الاعطا غاية ينتهي اليه القتال فيجب ترك القتال اول السنة ولا ينتظر فيه
الى حولان الحول فلذا الاعطا وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فيجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد
ولان المعوض سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الارضين لانه في
مقابلة الانتفاع بالارض فما لم يسلم لهم المنفعة لا يجب عليهم الاجرة ولا يلزمنا الزكوة لانها انما وجبت
في اخر الحول ليتحقق النما اذ هي لا تجب الا في المال النامي **قال** ـــــــ
ولا يحدث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه الصلوة والسلام لا خصا في الاسلام ولا كنيسة
اي لا تخص اخصا يقال خصاه يخصيه خصا على فعال بمعنى الاخصا وقيل هو المراد بقوله تعالى
ولامرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النسا كما يفعل رهبان
النصارى فكانه خصا معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة احداثها اي يحدث في دار الاسلام كنيسة
في موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة **قال** ـــــــ ويعاد المنهدم اي يعاد المنهدم
من الكنايس والبيع القديمة لانه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك
الكنايس في امصار المسلمين ولا يتقدم البنا دايما فكان دليلا على جواز الاعادة لان الامام لما اقرهم
عهد اليهم الاعادة لان الابنية لا تبقى دايما ولا يمكنون من نقلها الى موضع اخر لانه احداث في ذلك
الموضع في الحقيقة والصومعة بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع
الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها

شعاير الاسلام فلا تعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب
الناقوس خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع والحدود
وان كان فيها عدد كثير لان شعاير الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه
شعايرهم لان في القرى بعض الشعاير فلا تعارض باظهار ما يخالفها من شعاير الكفر والمروي
عن ابي حنيفة كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك
كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما انه عليه الصلوة والسلام قال في مرضه الذي مات فيه اخرجوا المشركين من
جزيرة العرب رواه احمد والبخاري ومسلم وعن عمر رضي الله عنه انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا ادع فيها الا مسلما رواه احمد ومسلم والترمذي
وصححه عن عايشة رضي الله عنها انها قالت اخر ما عهد الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال لا يترك بجزيرة
العرب دينان وعن ابي عبيدة بن الجراح انه قال اخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
اخرجوا يهود اهل الحجاز واهل نجران من جزيرة العرب رواهما احمد واجلى عمر اليهود والنصارى
من ارض الحجاز فيما رواه البخاري **قال** ـــــــ ويميز الذمي عنا في الزي والمركب
والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف اظهار الصغار
عليهم وصيانة لضعف المسلمين يقينا لان من هو ضعيف اليقين اذا راهم يتقلبون في النعم
والمسلمين في محنة وشدة يخاف ان يميل الى دينهم واليه وقعت الاشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون
الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الاية وحكاية قارون مع الضعفة
من قومه وكونه عليه السلام معروفة ظاهرة ولان المسلم يوقر والذمي يحقر ويضيق عليه الطرق
ولا يبدا بالسلام فلو لم يكن له علامة يميز بها لما وقع التفرقة بينهما فيعامل معاملة المسلمين واول
من اخذ اهل الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه لكثرة الناس في ايامه فراى انه لم يقع التفرقة بين
المسلم والكافر الا بالعلامة وقال عليه الصلوة والسلام اين ما دار عمر فالحق معه ولا يامر عليه الصلوة
والسلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لانهم كانوا معروفين وحالهم لا يشتبه
على احد فلا يحتاجون الى العلامة ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من اهل الجهاد والا يلبسون طيالسة

مثل طيالسة المسلمين ولا اردية مثل اردينهم ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف
وان ركبوا الضرورة من سفر ونقل مريض نزلوا في مجامع المسلمين ولا يمكنون من لبس زنانير الابريسم
ولا يمنعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويؤمرون بتمييز نسائهم عن نساء المسلمين في الطرق والحمام
ويجعل على دورهم علامة كي لا يقف عليها السايل فيدعو لهم بالمغفرة **قال** ــــــــــــ
ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم • وقال الشافعي
ينتقض امانه بالسب لانه ينقض الايمان فكذا الامان بل اولى لانه دونه وهو خلف عنه **ولنا** ان
يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال اصحابه عليه الصلوة والسلام نقتله قال لا
رواه البخاري واحمد فلم ينقض عليه الصلوة والسلام عهده ولم يقتله فيكون حجة عليه وعن مالك يجب
القتل بسبب النبي صلى الله عليه وسلم ولان السب كفر منه فالكفر المقارن لا يمنع العهد فكذا الطاري
لا يرفعه وهذا لان غاية ما ينتهي به القتال التزام الجزية وقبولها لا اداؤها وهو باق فلا ينتقض
قال ــــــــــــ بل باللحاق ثمة او بالغلبة على موضع للحراب اي بل ينتقض العهد باللحاق
بدار الحرب او بالغلبة على موضع للحراب لانهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك
لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال **قال** ــــــــــــ وصاروا كالمرتد
اي صاروا بالتحاقهم بدار الحرب او بالغلبة صاروا كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم
التحقوا بالاموات بتباين الدارين غير انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف
المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد اغلظ فاوجب الزيادة في العقوبة
ولان المقصود من كل واحد منهما ان يرجع الى ما كان عليه فبالاسترقاق الذمي يحصل المقصود منه
وهو دفع فساده وحرابه بذلك بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام فلا يحصل بالاسترقاق فصار
كمشركي العرب والمال الذي يلحق به دار الحرب يكون فيئا وليس لورثته ان ياخذوه كالمرتد
بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعد ما لحق به دار الحرب حيث يكون لورثته ان ياخذوه لانه
حين التحق بدار الحرب ملكوه فليس لك القدم ان ياخذ ماله مجانا او بالعوض على ما بينا **وقوله**
بل بالالتحاق ثمة الى اخره يفيد اختصاص ما ينتقض العهد به حتى لو قال نقضت بالقول
لا ينتقض ذكره في المحيط **قال** ــــــــــــ رحمه الله ويوخذ من تغلبي وتغلبية

بالغين المعجمة ضعف زكاتنا وقال زفر والشافعي لا يوخذ من نسائهم لانه جزية في الحقيقة
على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية
على النساء كالجزية على الصبيان **ولنا** ان عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكوة بحضرة الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير والزكوة تجب على النسوان دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء اهل
لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم
من صرفه فيه ان يكون جزية وكيف يكون جزية وشرايطها من وصف الصغار وعدم قبوله من النايب
والاعطا قايما والقابض قاعد واخذ التلبيب والهزة لا يراعى فيه **قال** ــــــــــــ
ومولاه كمولى القرشي اي في حق عدم التضعيف لمولى فانهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج
حتى يوضعان عليهما وان كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه الله تضاعف على
مولى التغلبي لانه يلحق بمولاه لقوله عليه الصلوة والسلام ان مولى القوم منهم ولهذا حرمت الزكوة على مولى
الهاشمي **ولنا** انه لو التحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف اخف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف
الصغار والمولى يلحق بالاصل في التخفيف الا ترى ان الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان
كافرا ولو لحقه فيه لما وضع عليه بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق
مولى الهاشمي في حقها بالهاشمي ولان الاصل ان لا يلحق المولى باصله على ما بينا من مولى المسلم وغيره
ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي ان ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
للنبي صلى الله عليه وسلم اتحل لي الصدقة لانت مولانا ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس
لا يلحق به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه كان لاظهار فضيلة قرابته عليه الصلوة والسلام
وفضيلة من ينتمي اليهم الا ترى ان مولى الغني لا يلحق باصله في حرمة الصدقة اذ لا يوازي الهاشمي
في استحقاق هذه الكرامة او لان الغني اهل لان ياخذ الصدقة وانما منعه منه غناه ولم يوجد في حق
المولى ذلك المعنى فجاز له الاخذ **قال** ــــــــــــ والجزية والخراج ومال التغلبي
وهدية اهل الحرب وما اخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر
والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة ودراريهم لانه ماخوذ بقوة المسلمين فيصرف الى
مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا انفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية

للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الدراري على
الآباء فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين ولا يخمس من ذلك لانه عليه الصلوة
والسلام لم يخمس الجزية ولانه مال اخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لانها ماخوذة بالقهر
والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الآخر ومن جملة هذا النوع ما ياخذه العاشر من اهل
الحرب واهل الذمة اذا مروا عليه ومال اهل نجران وما صولح عليه اهل الحرب على ترك القتال قبل
نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف في مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم ان ما يجيء الى
بيت المال انواع اربعة • احدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه • والثاني الزكوة والعشر
ومصرفها ما ذكره الله تعالى في قوله انما الصدقات للفقراء الآية وهم سبعة اصناف وقد ذكرناهم
في كتاب الزكوة • والثالث خمس الغنايم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى في قوله فان
لله خمسه الآية وقد ذكرناهم في اوايل كتاب السير • والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث
لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم
وادويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم وعلى الامام ان يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا
يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع حكما يختص به فان لم يكن في بعضها شيء فللامام ان يستقرض
عليه من النوع الآخر ويصرفه الى اهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه
الا ان يكون المصروف من الصدقات او من خمس الغنيمة على اهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه
شيئا لانهم يستحقون الصدقات بالفقر وكذا في غيره اذا صرفه الى المستحق ويجب على الامام
ان يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا
قال ومن مات في نصف السنة حرم من العطاء يعني من مات ممن يقوم بمصالح
المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم ولا يستحق من العطاء شيئا والعطاء اسم لما يصرف اليهم لانه
صلة فلا يملك قبل القبض كالمراة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء
ينبئ عن الصلة وانما قال مات في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه الى قريبه
لانه قد اوفى عناءه فيصرف اليه ليكون اقرب الى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام
السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع

هو معتبر بالانفاق على امراة ليتزوجها وهو لم يعتبر انه بالهبة والله تعالى اعلم

باب المرتد قال

رحمه الله يعرض الاسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل لقوله
عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه رواه احمد والبخاري وغيرهما وعرض الاسلام عليه مروي
عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس بواجب لان الدعوة قد بلغته غير انه يحتمل انه اعتراه
شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود الى الاسلام لان عوده مرجو وفي الجامع الصغير المرتد يعرض
عليه الاسلام فان ابى قتل ولم يذكر فيه الامهال وفيه روايتان • وقال الشافعي رحمه الله الامهال
واجب لا يحل للامام ان يقتله قبل ان يمضي عليه ثلثة ايام لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا
فلا بد من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناه بالثلاث لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ولنا ما روينا
وقوله تعالى اقتلوا المشركين مطلقا ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق
فيه بين الحر والعبد لاطلاق الدليل فان ارتد ثانيا ثم تاب ثم ارتد يقتل بتوبته وهكذا ابدا لانا نحكم
بالظاهر وكان عليه الصلوة والسلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال عليه الصلوة والسلام
لمن قتل شخصا بعدما اسلم هلا شققت قلبه وعن ابي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير
عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين قال واسلامه ان يتبرأ عن الاديان
كلها او عما انتقل اليه اي كيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولو تبرأ عما
انتقل اليه كفى لحصول المقصود والاول هو الاولى لان المرتد لا دين له قال
وكره قتله قبله اي كره قتله قبل عرض الاسلام عليه لان فيه تفويت العرض المستحب وقال
صاحب الهداية معنى الكراهية هنا ترك المستحب قال ولم يضمن قاتله لان
الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن لذلك ولقوله عليه الصلوة
والسلام من بدل دينه فاقتلوه قال ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم
وقال الشافعي تقتل لما روينا ولانه قتل الرجل لتغلظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه
في جزائها كالقصاص والرجم قلنا المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روي عنه عليه الصلوة والسلام
انه نهى عن قتل الكافرات بخلاف ما ذكر من القصاص وغيره لان الحكم فيه متعلق بالجناية دون

الحراب وجزاء الكفر لا تقام في الدنيا لانها دار الابتلا على ما عرف والمراد بالحديث المحارب لنا
والا لوجب قتل الشخص اذا اسلم لانه بدل دينه وهو الكفر بالاسلام والذي يدل عليه ان هذا
الحديث يرويه ابن عباس ومذهبه ان المرتدة لا تقتل ومن العجب ان الشافعي اوجب القتل على
اليهودي اذا تنصر او بالعكس محتجا بهذا الحديث ولا معنى له لان الكفر كله ملة واحدة وانتقاله
من كفر الى كفر لا يزيده خبثا ولا زجره امرا ان يرجع الى ما كان فيه من الكفر والامر بالكفر كفر
فلا يجوز واذا لم تقتل المرتدة تحبس اي ان تسلم لانها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس حتى تترك او تخرج
منها وتضرب في كل ثلثة ايام مبالغة في الحمل على الاسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شي للشبهة والامة
يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين بان يجعل منزل المولى سجنا لها وتفوض التاديب اليه
مع توفير حقه في الاستخدام وقال في الاصل دفعت اليه اذا احتاج اليها والصحيح انها تدفع اليه
احتاج او لم يحتج طلب او لم يطلب لان الحبس تصرف فيها وذاك الى المولى **قال**
ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فان اسلم عاد ملكه وان مات او قتل على ردته ورث
كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته وهذا عند
ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولانه مكلف فيكون كامل
الاهلية وذلك بقاء ملكه ولانه لا يمكنه القيام بالتكاليف الا ببقاء ملكه فيبقا ملكه ضرورة التمكين
وله ان الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وانما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد ازال
عصمة نفسه بالردة لانه يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لانه تبع لها ولانه هالك
حكما فصار كالهالك حقيقة غير انه يدعى الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه لوقوفه
على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في امره فان اسلم جعل كان لم يزل مسلما فلم
يعمل السبب عمله فان مات او قتل في ردته استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه
وانتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين مع ما اكتسبه في حال ردته في عملا بالدليلين
وعندهما كلاهما لورثته المسلمين ان فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم
لا يرث الكافر ولا سيما المرتد فانه لا يرث احدا فوجب ان لا يرثه احد كالرقيق وهذا لان
اتحاد الملة سبب الارث واختلافها سبب الحرمان وهذا لا يرثه موافقه مخالفة او لى فاذا

انقضت

انقضت الوراثة وهو مال حربي لا امان له فيكون فيئا للمسلمين **ولنا** انه كان مسلما مالكا
لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو هلك مسلما وهذا لان الردة هلاك الا ان تمامه
بالموت او القتل فاذا تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه
وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب كالبيع
بشرط الخيار اذا اجيز يثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة
والمنفصلة ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل الى ورثته بموته
فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن اسناد كسب الردة الى ما قبيل
الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كان الكسب موجود وله ان اسناد التوريث
الى اول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن اسناد التوريث في كسب
الردة لعدمه عندها ومن شرط الاسناد ان يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث
لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروا
عن ابي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه انه يرثه من كان وارثا له وقت ردته ويبقى
كذلك الى وقت موته او قتله او القضا بلحوقه حتى لو مات وارثه قبله او حدث له وارث اخر بعد
ارتداده بعتق او اسلام او علوق حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا في حق من انعقد
له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه وان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف حيث
يشترط فيه بقا المبيع والمتعاقدين وروى ابو يوسف انه يعتبر وجوده وقت الردة
ولا يبطل بموته او يبقى اخر قبل موت المرتد لان ردته في حكم الموت فلا يعتبر الا عندها
وروى محمد عنه انه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد او قتله او القضا بلحاقه وهو
الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتدا السبب الا ترى
ان الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتدا العقد حتى اذا
قبضه مع الاصل صار لها حصة من الثمن وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل او قضي عليه
باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت
فيتعلق حقها بماله وينبغي ان ترث على رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما

يات

اذا مات او قتل او قضي عليه باللحاق بعد انقضا عدتها او ارتد قبل الدخول بها لانه لا
يشترط ان يكون وارثا الا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند
الموت والمرتدة لا يرثها زوجها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت
بالارتداد الا ان يكون مريضة فيرثها لان حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد
كتقبيلها ابن زوجها او فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها اقاربها جميع مالها حتى
المكسوب في ردتها لانه لا حراز منها فلم يوجد سبب الفي بخلاف المرتد عند ابي حنيفة على ما بينا
قال —— وان حكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه لانه باللحاق صار
من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام اهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت
عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال ان يعود الينا فلا بد
من القضا وفيه خلاف الشافعي بنا على انه لا تختلف الدار عنده لان الدنيا كلها دار واحدة
ونحن قد بينا المعنى فيه فاذا ثبت انه موت يثبت احكام الموتى من عتق المدبر وام الولد
وحلول الدين الذي عليه فيقضي كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام على
ما تقدم لان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي
وجب فيه الدين فيقضي كل دين من المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية
عن ابي حنيفة وعنه انه يبدا بكسب الاسلام في قضا الدينين فان لم يف بذلك يقضي من
كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ
عن حق الميت فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة
عنده فلا يقضي دينه منه الا اذا تعذر قضاوه من محل اخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا
مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وعنه
انه يبدا بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضى من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق
الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضا الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به
فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وعندهما تقضى ديونه منهما لان الكل ملكه
حتى يجري الارث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب

والقضا

والقضا لتقرره لنقطع الاحتمال وقال ابو يوسف يعتبر وقت القضا لانه يصير موتا
بالقضا والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا لما ذكرنا ويطلق عنها العدة لانها
صارت كالموتى ولا عدة على الاموات ولزوجها ان يتزوج اختها واربعا سواها من ساعته
لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة او سبيت لم ينتقض نكاح الاخت والاربع
لان نكاحها لا يعود ولها ان تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في دار الحرب
لاقل من ستة اشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر لا يثبت لتفرق
الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام كما قلنا **قال** —— وتوقف مبايعته
وعتقه وهبته فان امن نفذ وان هلك بطل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف يعتمد الاهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ
التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الى ورثته ولم ينتقل الى احد ولهذا لا ينفذ تصرفاتهم
في ماله الا ترى انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امراة مسلمة او امة مسلمة
يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ ثم
اختلفا فيما بينهما فعند ابي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام
اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله
يصح كما يصح من المريض لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف
المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور في ايدينا حتى يقتل وكونه حربيا
مقهورا سبب لزوال ملكه ومالكيته وتصرفاته عند ان الاسلام مرجو منه لبقا الاجبار
على الاسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل
دارنا بغير امان لانه صار فيئا بدخوله دارنا بغير امان ولهذا لا يملك من اخذه بل يرده الى
بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع في ايدي المسلمين لانه لم يدافع الدار [illegible] وبخلاف
المقضي عليه بالقود والرجم لان القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل
غير من له القتل يجب فيه القصاص وانما هو جزاء على الجناية فيوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة
لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم اهل الحرب حتى تلحق بدار الحرب فتصير حربية حينئذ والله اعلم

ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول
الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة
الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة
والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده
الصغير وماله لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف
في توقفه وهو ما بيناه بدليله **قال** وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه
فما وجده في يد وارثه اخذه والا اي ان لم يجده فليس له ان يضمنه بعدما تصرف فيه
الوارث وانما يأخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت
حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان الحكم كذلك ثم انما يعود الى ملكه
بقضاء او برضا من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه
ولهذا ليس له ان يضمنه بعدما خرج عن ملكه او اتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومد بريه
لان القاضي قضى بعتقهم عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي
بذلك لم يخرج عن ملكه فكأنه لم يزل مسلما ومدبروه وامهات اولاده على ملكه ونظيره العبد
المبيع اذا ابق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد
قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله كأنه لم يأبق **قال** ولو ولدت امة
له نصرانية لستة اشهر مذ ارتد فادعاه فهي ام ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه
الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما بينا واما امتناع الارث
مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب
الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث احدا وهذا فائدة تقييده
بستة اشهر وبكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة اشهر او كانت الام مسلمة يرث
اما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف
ما اذا جاءت لستة اشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما لان تبعية
الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد ابواه حيث يكون مسلما تبعا

للدار ما لم يلحقاه بدار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام واما الثاني
وهو ما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد
ولكن لا يتصور هذا في قول ابي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه
وارثا فيها وقت الموت او القتل او القضاء باللحاق واما على الروايتين الاخريين
فلا يتصور ان يرث لعدم كونه وارثا عند الردة **قال** وان لحق
المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء يعني ليس لورثته عليه سبيل لان حكمه فيه غير ثابت حيث لحق
معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيئا اذا
وقع في غنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا ان اخرج تاجرا لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث
لا يكون فيئا لان المرتد لا يسترق على ما بيناه من قبل **قال** رحمه الله
فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه يعني لوارثه اخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته
الورثة فله حق الملك القديم اي يأخذ ماله قبل القسمة بغير شيء وبعدها ومن التاجر بالعوض
على ما بينا ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم واخذ ماله ولحق به ثانيا فلا سبيل لورثته على
ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا غير مرة وقال في النهاية
في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق
بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان فيئا ظاهرا وهذا مشكل لان ملك الورثة لا يثبت
الا بالقضاء فكيف يثبت هنا وقال في الكافي القضاء يرجح جانب عدم الرجوع الى دارنا
فيتقرر موته ولما خرج ثانيا مغيرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته
ولما خرج ثانيا مغيرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته من حين
اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته في ذلك الوقت وقال في الكفاية وفي بعض روايات
السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان حق الورثة لا يثبت الا بالقضاء **قال**
وان لحق وقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه وهو المرتد الذي اسلم
لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد
اليه ملكه غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلنا نائبا عنه وحقوق

العقد فيه يرجع الى الموكل والولا لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز
وفسخت الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة والولا لمولاه بخلاف ما اذا
رجع بعد اداء الكتابة لان الملك الذي كان غير قايم لجله بخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولان
المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل الى المرتد الذي اسلم لانا نقول هذا ليس بانتقال وانما
هو سقوط لانه الخلف عند ظهور ولانه الاصل **قال** فان قتل المرتد
رجلا خطا ولحق اي بدار الحرب او قتل فالدية في كسب الاسلام خاصة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لعدم
النصرة فيكون في ماله خاصة فماله عندهما المكتسب في حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ
تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث في الكل عندهما وعنده ماله المكتسب في حالة الاسلام
خاصة لنفوذ تصرفه في تلك الحالة دون المكتسب في حالة الردة لتوقف تصرفه فيها ولهذا
كان الاول ميراثا عنه والثاني فيا وينبغي ان يكون هذا على الروايات المنقدة عن ابي حنيفة
رضي الله عنه من انه يبتدا بكسب الردة او الاسلام او كل دين يقضى من كسبه في تلك
الحالة هذا اذا قتل ومات قبل ان يسلم اما اذا اسلم ثم مات او لم يمت يكون في الكسبين
جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجري الارث فيه بالاتفاق **قال**
رحمه الله ولو ارتد بعد القطع عمدا ومات او لحق وجا مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف
الدية في ماله لورثته اي لو قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله تعالى ثم مات على
ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جا مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله
خاصة لان العاقلة لا تعقل العمد • اما الاول وهو ما اذا ارتد بعد ما قطعت يده
ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت
يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيا لان ما هدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف
المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابرا فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما تلف وهو معصوم
وهو اليد دون النفس نظيره البيع او الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه او اعتقه
لا يضمن الجاني الا اليد وان مات بعد الرد عليها بالفسخ لانه صار مبريا له بهذا التصرف

واما الثاني وهو اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضي بلحاقه فلانه صار
ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية
الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فعاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة موته مسلما قبل
ان يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على ما نبينه ان شاء الله تعالى لانا نحكم الا انه
لا يثبت الا بحكم الحاكم **قال** وان لم يلحق واسلم ومات ضمن الدية اي
كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لان اعتراض
الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا وهذا لان الردة معنى لو مات عليها
لا يجب بالسراية شي فكذا اذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم
اشتراه او تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع الا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا
فلانه بالردة اهدر دمه فصار مبريا له عن ضمان النفس كما اذا باع عبده بعد القطع على ما
ذكرنا ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فتوجب كل الدية كما لو لم
تتخلل الردة بينهما وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقا الجناية وانما المعتبر قيامها
في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار
كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حالة
انعقاد السبب وتمامه والردة ليست بابرا عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي تبديل
الدين الا ترى انها توجد من غير ابرا بان لم يكن ثم جناية عليه الا انه لو مات على تلك
الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لكون دمه هدرا بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه
لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا
فصار كالابرا **قال** ولو ارتد مكاتب ولحق واخذ ماله وقتل فمكاتبته
لمولاه وما بقي لورثته لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير انه صار دمه مباحا
وباباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة
واللحاق بدار الحرب لانها لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمي اولى لانها لا تبطل فيبقى ملكه
لماله والتصرف على حاله وهذا على قولهما ظاهر واما قول ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك

المال والتصرف بعد الكتابة وهو باق على ما يبقاه ولا يمتنع ذلك بالرق فاولى ان لا يمتنع
بالردة لان الرق اقوى فى المنع من الردة الا ترى ان المرتد يملك بعض التصرفات بالاجماع وبعضها
فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية توقف المولى كتابته وما بقى يكون لورثته كما فى الموت الحقيقى
فان قيل اذا مات عتق وقد حكم بعتقه فى اخر جزء من اجزاء حياته فتبين بذلك ان كسبه
كسب مرتد حر فوجب ان يكون فيئا على مذهبه قلنا حكمنا بحريته فى اخر جزء من حياته
فى حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهى حريته نفسه واولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك
من الاحكام يعتبر عبدا الا ترى انه لا تصح وصيته وان تبرع قالا لان الوصية ليست من الحقوق
المستحقة بالكتابة فكذا الا يكون كسبه فيئا لان كسب العبد المرتد لا يكون فيئا فلا يجعل حرا فى حقه
قال رحمه الله ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت وولد له ولد فظهر
عليهم فالولدان فىء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد اى اذا ارتد الرجل وامراته ولحقا
بدار الحرب فولدت المراة هناك ولدا وولد لولدها ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدها وولد ولدها
فىء ويجبر ولدها على الاسلام لا ولد ولدها لان الولد يتبع الام فى الحرية والرق والمرتدة تسترق
فكذا ولدها ويجبر الولد على الاسلام تبعا لابويه لان الاولاد يتبعون الاباء فى الدين لقوله عليه
الصلوة والسلام كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه رواه البخارى
ومسلم واحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ارايت من يموت منهم قال الله تعالى اعلم بما كانوا
عاملين فيكون حجة لابى حنيفة ومحمد فى توقفهما فى اطفال المشركين فاذا تبعهما يجبر على
الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر اصلى وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه
فى القتل حكم الكافر الاصلى وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام ففيه
روايتان فى رواية يجبر رواها الحسن عن ابى حنيفة تبعا لجده وفى رواية لا يجبر لانه لو اجبر
اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان اباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع او تبعا
لجده ولا وجه له لان تبعية الاباء فى الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق
لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لادم وحوى عليهما السلام ولم يوجد من ذريتهما كافر غير
المرتد واصل الروايتين مبنى على ان ولد الولد يكون مسلما باسلام جده ام لا ففى رواية الحسن

يكون

٨١

يكون مسلما فاذا تبعه فى الاسلام يتبعه فى الاجبار عليه ايضا وفى رواية لا يتبعه فى الاسلام
فكذا فى الاجبار والمسايل التى جعلت الجد فيها كالاب اربعة كلها تخرج على الروايتين
احدها هذه • والثانية صدقة الفطر اذا كان الجد موسرا هل يجب عليه صدقة
فطر الحافد • والثالثة الوصية وهو ما اذا اوصى لاقربائه هل يدخل الجد فيها اولا والرابعة
جر الولاء وهو ما اذا اعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه ام لا ففى ظاهر الرواية
لا يكون الجد فى هذه المسايل كالاب قال وارتداد الصبى العاقل صحيح
كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ارتداده ليس
بارتداد واسلامه اسلام لانه يلزمه احكام يشوبها ضرر كحرمان الارث ولزوم الفرقة
بينه وبين امراته المشركة او المسلمة وامتناع وجوب نفقته على ابويه او غيرهما من
اقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة
وبينهما تناف فلا يجتمعان فى شخص واحد ولابى يوسف ان الارتداد من التصرفات
الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يمحض ضررا ولهما ما روى عن
جابر انه عليه الصلوة والسلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا اعرب
عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه احمد وصح عليه الصلوة والسلام ايمان على رضى الله عنه
وكان قد امن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما
ما بلغت اوان حلمى وسبقتكم الى الاسلام فهو البارع همتى وسنان عزمى وذكر جعفر انه
اسلم ابن خمس سنين وذكر القتيبى ان عمره كان سبع سنين وعن عروة انه قال اسلم على وعمره
ثمان سنين اخرجه البخارى ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان
وكذا اتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار فلا مرد للحقايق وهذا لان الاقرار عن طوع
دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده ولا الحجر عنه لان الحقايق لا يحجر عنها كما لا يحجر من حق
سائر افعاله حتى وجب عليه الضمان باتلاف مال الغير شرعا وفسد صومه بالاكل وهو صايم فلا
يبعد رغبة لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده لضرر يلحقه
فى الدنيا وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة سرمدية من اجل المنافع وهو الحكم الاصلى

بعة

الذي يترتب على الاسلام ثم يلتبس عليه بغيره فلا يبالي بشوبه لان المعتبر هو الحكم الموضوع
له لا ما يلزمه في ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل اصلا الى اخره قلنا انما جعل تبعا لتوفير
المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة مع ابقاء التبعية تحصل المنفعة بطريقين
وذلك انفع له وانما يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة واما اذا تايد احدهما بالاخر فلا يمتنع
الا ترى ان التبع اذا نوى السفر كالمراة ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية اصله كما قلنا
فان قيل لو صح اسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لا نفلا لكون الايمان لا نفل فيه بخلاف
ساير العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم ان يكون مخاطبا ولا
قايل به فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان صفة الفرضية
في الاصل مغنية عن اعتباره في التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين
امراته اذا لم يحسن ان يصف الاسلام كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبا
لدفع الحرج عنه فاذا اداه صح كالمسافر وغيره من اصحاب الاعذار يؤدي الجمعة فانها تصح
وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضا عليه وانما لم تبن زوجته اذا لم يحسن الوصف
بعدما عقل ابقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعني
اذا ابى ان يسلم بعدما ارتد لان القتل عقوبة وهو ليس من اهلها والاجبار على الاسلام
ينفع له فيجبر هذا في صبي يعقل وان كان لا يعقل لا يصح منه شي من ذلك لان اقواله لا تدل
على اعتقاده فلا تعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الاسلام على ما
عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال في المحيط معزيا الى الفتاوى الساحر هل
يقتل او تقبل توبته ينظر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فمتى تاب عن ذلك وقال الله خالق
كل شي وتبرا مما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد
وقال ابو حنيفة في المجرد انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني اترك السحر واتوب
منه اذا شهد الشهود انه الان ساحر او اقر بذلك وكذلك المراة الساحرة تقتل لان عمر
كتب الى نوابه ان اقتلوا الساحر والساحرة رواه احمد وابو داود والبخاري وعن جندب
انه عليه الصلوة والسلم قال حد الساحر ضربة بالسيف رواه الدارقطني وقال الترمذي الصحيح

انه

انه موقوف عليه قلنا الموقوف في مثله محمول على السماع لانه لا يدرك بالراي وذكر
في المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول اصح لان ضرر كفرها وهو السحر
متعدي فتكون ساعية في الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل
ولا يقبل له توبة لما روي عن عكرمة رضي الله عنه انه قال اتي علي رضي الله عنه بزنادقة فاحرقهم
فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه البخاري

باب البغاة قال رحمه الله

خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اي الى العود الى الجماعة وكشف
شبهتهم لان عليا رضي الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنه الى اهل حروراء فدعاهم
الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى
وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وهو اهون فيبدا به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم
قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم
بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض
لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فصار قتالهم كقتال اهل الحرب قال
وبدا بقتالهم يعني اذا تحيزوا وتهيؤوا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر
زاده وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا يبدؤهم بقتال حتى يبدؤوه وهو قول
الشافعي رضي الله عنه لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر
مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداية منهم وقول علي رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم في اخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول
خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم
فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه احمد ومسلم والبخاري ولان الحكم يدار
على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله
لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج على الامام صاروا

وغيره

لهم

عصاة فجاز قتالهم الى ان يقلعوا عن ذلك بل وجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله
في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما رويناه عن النبي صلى
الله عليه وسلم ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تاهبوا فعل ذلك ولا نقاتلهم لانه امكن دفع شرهم
باهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت
محمول على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وما روي عن ابن عمر
مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من القعود عن الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين
قال ولو لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم لان المقصود من
قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل
بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله
قال والا اي ان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي
عن مروان بن الحكم انه صرخ صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن اغلق
بابه فهو امن ومن القى السلاح فهو امن رواه سعيد ويوم الجمل لم تكن لهم فئة ولان قتلهم كان
لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعي لا يقتل في الوجهين بناء على ما بينا
من اصله انه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار
على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا **قال** ولم يسب ذراريهم
وحبس اموالهم خوفا لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر
ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل اسير يعني اذا لم تكن لهم فئة وان كانت
لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتله لئلا ينقلب ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره
يندفع به والسبي ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول
علي رضي الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه اصحابه ان يقسم النساء بينهم قال اذا قسمتم فلمن يكون
عائشة فالزمهم بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون اموالهم وانفسهم معصومة
بالعصمتين لكونهم في دار الاسلام **قال** وان احتاج قاتل بسلاحهم
وخيلهم وقال الشافعي رحمه الله لا تقاتلونه لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه

ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين اصحابه وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك
بدليل ما روي الزهري ان الصحابة اجمعوا الا يؤخذ مال ولان للامام ان يفعل ذلك بمال
اهل العدل لما روي انه عليه الصلوة والسلام اخذ الدروع من صفوان بغير رضاه ففي ذلك بمال
اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر اموالهم لان
في رده عليهم تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان حبس الثمن
ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب اوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال
المانع ولو كان معهم اهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم كحكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم
ولا اخذ اموالهم لان عهدهم لا ينتقض به **قال** وان قتل باغ مثله فظهر عليهم
لم يجب شيء اي ان قتل باغ باغيا مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لا يجب عليه القصاص لان
القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب
موجبا بعده كالقتل في دار الحرب **قال** وان غلبوا على مصر فقتل
رجل من اهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يجر على
اهل المصر احكام اهل البغي بل ازعجهم الامام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام
اهل العدل لم تنقطع قبل ان يجري احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء انقطع فلا يجب
قال وان قتل عادل باغيا او قتله باغ وقال انا على حق ورثه
وان قال انا على باطل لا اي قتل رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي او قتل رجل من
اهل البغي رجلا من اهل العدل وقال الباغي القاتل قتلته وانا على الحق ورثه وان قال
قتلته وانا على الباطل لا يرث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث
الباغي في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا يرث العادل ايضا لقوله عليه الصلوة
والسلام لا يرث القاتل ولهذا لو قتله بحق من قصاص او رجم او حكم عليه بذلك او شهد عليه لا
يرث قلنا حرمان الارث جزاء الجريمة ولا جريمة في القتل الواجب او الجائز فلا
يحرم وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذا لا يحرم الارث
لان حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لانه اتلف ما اتلف عن تاويل فاسد والفاسد

منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه منعة كتاويل اهل الحرب والمرتدين الاما تركى الى ما يروى عن الزهري انه قال هاجت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاجمعوا الا ابيقا داحد ولا يوخذ بمال على تاويل القرآن الا ما وجد ما له بعينه رواه احمد وكذا اجمعوا على ان ما اتلفه اهل الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه البيهقي وقال على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام هنا لاعتقاده الاباحة ولا الزام من الامام لعدم الولاية بمنعتهم ولا يمكن القياس على ما اذا لم يكن لهم تاويل او منعة لان الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التاويل ولا بد من المنعة والتاويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متأولين على مدينة فقتلوا النفس واخذوا المال اخذوا بجميعه لعدم التاويل وكذا لو تغلب رجل او رجلان فاخذوا المال واتلفوا النفس بتاويل اخذوا بجميع الاحكام لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لانه لا منعة في حق الشارع وكذا قال في البدائع لا يضمنون ما اصابوا من دمائهم واموالهم لان ما اتلفوا دفعا لقتالهم عن انفسهم والعادل اذا اتلف مالا لاهل البغي او حالة دفعا لقتاله لا يضمن فالباغي اولى وفي شرح المختار قال محمد اذا اتلفوا ثم تابوا افتيهم ان يغرموا ولا اجبرهم على ذلك لانهم اتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل اذا اتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وامكن الزام الضمان فكان في ايجابه فائدة بخلاف ما اذا اتلفوا مال العادل فعلى هذا الذي ذكره في الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا اتلفه حالة القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه ان يقتلهم الا باتلاف شيء من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم واما اذا اتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع في وجوب الضمان والاثم ثم ابو يوسف يقول في قتل الباغي العادل انه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث كقتل الخاطئ بل اولى لانه ياثم والخاطئ لا ياثم بالقتل والتاويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان

من دمائنا واموالنا اذا كان لهم منعة وكذا اهل العدل لا يضمنون ما اصابوا ح

والحاجة

والحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان هذا قتل حصل بتاويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى المنعة وان كان هذا التاويل فاسدا في نفسه الا ترى انه يسقط بالضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجة الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى دفع الحرمان لان الارث يستحق بسببه كالنسب او السبب وهو موجود فيرث به ودفع الحرمان الذي يثبت جزاء على فعله بتاويل الفاسد بشرطه وهو ان يكون مصرا البكون محقا عنده بخلاف المخطئ فان المخطئ لا يدفع جزاء فعله في الدنيا الا ترى انه يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان الواجب قلع سلاحهم بما امكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع اولى قال وان لم يدر انه منهم اي انه لم يدر انه من اهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح دون ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد الا ترى ان العصير والخشب لا يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لانه لا معصية في عينها وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر في استعماله المحظور ثم ذكر ان الحديد لا يجوز بيعه من اهل الحرب واجازوه من اهل البغي والذي يظهر من الفرق ان اهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة او بتفرق جمعهم بخلاف اهل الحرب

كتاب اللقيط

اللقيط اسم لشيء منبوذ في اللغة فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحه اهله خوفا من العيلة او التهمة سمي باعتبار ما يؤول اليه لما انه يلقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا فله سلبه قال الالتقاط مندوب الالتقاط ووجب ان خاف الضياع لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا وفي رفع الظهار والشفقة على الاطفال وهو من افضل الاعمال ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه اثم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم

ضعيفا ولم يوقد كبيرا فليس هنا ثم هو مندوب اليه ان كان في غالب رايه انه لا يهلك
بان وجده في مصر كما بينا ومفروض عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده في مفازة ونحوه
يفترض عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته
قال ـــــــ وهو حر لان الاصل في بني ادم اذهم اولاد حوا وادم فالاصل
بقا ما كان على ما كان عليه حتى يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون
حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر والغالب ثم هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد
قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف له اب قال ـــــــ ونفقته في بيت المال
روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب فماله بيت المال
معد للصرف الى مثله فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال فتجب
نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة
من بيت المال في اواخر باب الجزية من كتاب السير ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون
متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا ان يامره القاضي بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها
لان للقاضي ولاية عليه فيكون دينا عليه ثم مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع
على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما اذا قضى دينا على شخص بامره فانه يرجع عليه وفي الاصح لا يرجع
على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث
والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال قال ـــــــ كارثه وجنايته فيه على ما بينا
قال ـــــــ ولا ياخذه منه احد اي لا ياخذ اللقيط احد من الملتقط لانه
بيده سبقت اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره
ليس له ان يسترده لانه رضي باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله ان لا يقبله منه لاحتمال
انه ولده دفعه اليه ليكون مؤنته في بيت المال وان اقام بينة انه لقيط او علم القاضي بذلك
فكذلك له ان لا يقبله منه لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم اراد ان يعزل نفسه فلا
يمكن منه ان شاء كالوصي اذا اراد عزل نفسه بعد موت الموصي قال ـــــــ
ويثبت نسبه من واحد يعني اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس ان لا يثبت نسبه منه لانه يتضمن

ابطال

ابطال حق الملتقط في اليد ولا يملك ذلك وجه الاستحسان انه اقرار بما ينفعه وهو محتاج
اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت دعوته ثم من ضرورة
ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من الاجنبي وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا
وقيل يصح في حق النسب دون ابطال اليد للملتقط لان يده ثبتت في وقت لا منازع له فيه
فلا يقدر على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة
الملتقط اولى وان كان ذميا والاخر مسلما لانه صاحب يد والقياس ان لا تقبل دعوة الملتقط
اصلا لانه متناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعدما اقر انه لقيط ولانه باقرار يلزم اللقيط
حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان انه اقرار على نفسه بانه يلزمه نفقته
ويجب عليه ان يحفظه ويكتسب له ما ينفعه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض
فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا اكذب نفسه وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس
فيه ابطال يد احد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبي وان اختلف وجه القياس
فيهما على ما بيناه قال ـــــــ ومن اثنين اي يثبت نسبه من اثنين ايضا
كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد او بينة او ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائهما
في السبب والنسب يثبت من اثنين عند الاستواء في الحجة عندنا على ما بيناه في الاستيلاد
قال ـــــــ وان وصف احدهما علامة به اي بالولد فهو احق به لان ذكر العلامة
يدل على انه كان في يده فالظاهر انه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة
عند التنازع فيها لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك في اللقيط
وهو الدعوة دون اللقطة الا ترى ان احدهما لو انفرد بها يؤمر بالتسليم في اللقيط دون اللقطة
فعلم بذلك ان الدعوة سبب الاستحقاق في اللقيط واعتبار العلامة له اصل في الشرع قال الله تعالى
تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس احدهما
باولى من الاخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الاخر
بعده لا تقبل الا ببينة لان البينة اقوى ولو ادعت امرأتان فقضى به لهما عند ابي حنيفة
وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهو محال

قف

منها بخلاف الرجل **قال** ومن ادعى وهو مسلم اي لم يكن في مكان اهل
الذمة اي يثبت نسبه من ذمي اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما اذا لم يوجد في مكان اهل الذمة
وهذا استحسان لان دعوته تضمنت النسب وهو نفع له وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت
فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابنا له ان يكون كافرا كالولد اسلمت امه والقياس ان لا يقبل
دعوته لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابنا له صار تبعا له في الدين وهو يضره ووجه الاستحسان ما بيناه
وقوله اذا لم يكن في مكان اهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه
فحاصله ان هذه المسألة على اربعة اوجه • احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد او
القرية او المصر للمسلمين فيكون مسلما • والثاني ان يجده كافر في مكان الكفر كالبيعة والكنيسة
والقرية من قراهم فيكون كافرا • والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين • والرابع ان يجده مسلم
في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه
ولان المسلم لا يضعه في البيعة ولا الكافر في المساجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة
للواجد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي الصغير مع احد
ابويه يعتبر كافرا فكذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب في حقه لقيامه
بتربيته وفي رواية ايهما كان موجبا لاسلامه فهو المعتبر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهو
انفع له ايضا وفي رواية يحكم زيه فان كان في زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الكفر
نحو الصليب والزنار فهو كافر **قال** ومن ادعى انه عبده وهو حر اي يثبت نسبه
من عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعة في حقه وهو لا يتبع
في الرق وانما يتبع امه وقد ولد حرة فيكون ولد الحرة فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم
ولو قال العبد هو ولدي من زوجتي وهي امة فصدقه مولاها ثبت نسبه ويكون حرا عند
محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها • وقال ابو يوسف
يكون عبد السيدها لان الاقرار فاذا ثبت النسب منهما ثبت ما هو من ضروراته وهو
الرق اذ يستحيل ان يكون المولود بين رقيقين حرا بخلاف الدعوى على ما بينا • قلنا
لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار

بالشك

بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد ولو ادعاه حران احدهما انه ابنه من هذه الحرة
والاخر من الامة فالذي يدعي من الحرة اولى لانه اكثر اثباتا لكونه يثبت جميع احكام النسب
ولو كانت الامة سريته له لانه يثبت الاحكام من جانب والاخر من جانبين فكان اولى والمسلم
احق من الذمي عند التنازع لانه انفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمي اولى لان الترجيح
بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح باليد **قال**
ولا يقبل الا ببينة لانه حكم بحريته بالدار فلا ينقض ذلك الا بحجة ويشترط ان يكون
الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار فلا يتغير او باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار الا اذا اعتبر
كافرا بوجوده في موضع اهل الذمة على ما بينا والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه
يمنعه عنه ويزعم انه احق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الى حقه وكذا اذا صدقه اللقيط
قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا
في يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون له عبدا وان لم يدرك لانه لم يعرف
الا في يده فالقول قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا بتصديقه ولهذا لو
سكت يكون عبدا له لكن اذا ادرك لا يصح لقيام من وجه وان صدقه بعد الادراك ينظر فان كان
بعد ما جرى عليه شيء من احكام الاحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق
لانه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له
قال وان وجد معه مال فهو له لانه في يده فهو من اهل الملك لكونه
حرا فيكون حائزا بيده لظاهر يده وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها
للشهادة الظاهرة من حاله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضي عند البعض لانه مال ضائع
لا يعرف له مالك وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير امره لانه مال اللقيط
ظاهرا لما ذكرنا ومن سلم جعله له ظاهرا وللملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه
لمصلحة اللقيط كما هو لما ذكرنا من ماله ولا نقول الظاهر لا يصلح للاستحقاق بل للدفع
لانا نقول غرضنا بذلك دفع الفقر فاذا اندفع بملك المال صار غنيا فيصرف عليه على انه
ملكه او بيت المال **قال** ولا يجوز للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة

لان ولاية التزويج على الصغير تستحق بقرابة او ملك او سلطنة ولم يوجد شي منها والتصرف
في المال لا يجوز الا بكمال الراي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهذا
لا تملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا اولى وهذا لان في كل منهما لم يوجد الا شطر العلة
وهي كمال الشفقة فيها وكمال الراي فيه فصار كالعم والاجانب لا يملكهما من لا يملك اتلاف
منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملكه بوجه كالعم بخلاف الام فانها
تملكه على ما عرف في موضعه وذكر القدوري انه له ان يؤجره لانه يرجع الى تثقيفه والاول
اصح وهو رواية الجامع الصغير قال ويسلمه في حرفة لانه نافع محض يهذب نفسه ويطلع
صاحبه حرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سببا لسعادته في الدنيا والاخرة
قال ويقبض هبته اي اذا وهب للقيط هبة فللملتقط ان يقبضها له
لانه نفع محض وليس فيه احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع
واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم المفعول
كالضحكة والضحكة وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به
وهو ان كل من راها يميل الى رفعها فكانها تامر بالرفع لانها حاملة اليه فاسند اليها
مجازا فجعلت كانها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو
اسم فاعل سميت بذلك لان من راها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كانها حلبت نفسها
وركبت نفسها قال لقطة الحل والحرم امانة ان اخذها ليردها على
ربها واشهد ان الاخذ على هذا الوجه مادون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء ويجب
اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون مضمونا عليه وصاحبها ايضا يرضى بالاخذ
ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وانما قلنا انه ماذون
فيه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها
ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء

رواه احمد وابن ماجة وهذا اطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل
ان يرفعها لان مال الغير لا يجوز اثبات اليد عليه الا باذنه كما لا يجوز تناوله الا باذنه وقال
بعض المتقدمين من ائمة التابعين يحل له ان يرفعها والترك افضل لان صاحبها يطلبها
في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولانه لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خائنة فيكتمها عن
مالكها قالوا اذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك افضل صيانة لنفسه عن الوقوع
في المحرم واذا اخذها عرفها حتى يوصلها الى مالكها والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه
صاحبها انه اخذها ليردها على صاحبها لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه كالبينة ولو
اقر انه اخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب وقال عليه
الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى انه
اخذها للرد وادعى صاحبها انه اخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها
عندهما وقال ابو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لان اخذها لصاحبها حسنة ولنفسه معصية
فكان حمل فعله على الصلاح اولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدعي للضمان
فيضمن وهذا الان الاذن مقيد بالاشهاد على ما روينا وان لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره
من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو
اخذ مال الغير وادعى انه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان واما اذا لم يمكنه
بان لم يوجد احد يشهده او خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما
يدل على اخذه لنفسه عند القدرة وان اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن
وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا
لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرا من الضمان به اتفاقا لان الظاهر
انه اخذه لنفسه فلا يبرا الا بالرد على صاحبه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من رايتموه
ينشد الضالة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة او اكثر قال
ويعرف الى ان علم ان ربها لا يطلبها اي عرف اللقطة الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها
وروى محمد عن ابي حنيفة انه ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة

فصاعدا عرفها حولا وقوله ايام على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول
من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي ووجهه انه عليه الصلوة والسلام
سئل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم
تعرف فاستنفقها ولكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه وسئل
عن ضالة الابل فقال مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتاكل الشجر
حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب رواه مسلم
والبخاري وغيرهما فقد امر بسنة من غير فصل بين القليل والكثير وروى الحسن عن ابي حنيفة
انها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وما فوق العشرة الى مائتين شهرا وفي العشرة
جمعة وفي ثلثة دراهم ثلثة ايام وفي درهم يوما وان كانت تمرة ونحوها يتصدق بها مكانها
وان كان محتاجا اكلها مكانها فقدر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكر في المختصر
واحدا لانه فوضه الى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره صاحب
الهداية بقوله وقيل ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها
الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفها حتى اذا
خاف ان يفسد تصدق به وعنه عليه الصلوة والسلام انه مر بتمرة في الطريق فقال لولا اني
اخاف ان تكون من الصدقة لاكلتها رواه البخاري ومسلم وقال جابر رخص رسول الله صلى
الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل واشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به رواه ابو داود
وقال عليه الصلوة والسلام لابي بن كعب عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها
فاعطها اياه والا فاستمتع بها رواه مسلم واحمد فهذه الاخبار بعضها مقدرة بحول
وبعضها بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يدلك على ان التقدير ليس بلازم وانما
هو مفوض الى راي الملتقط وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي لقطها فيه وفي الجامع فان ذلك
اقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني انه يكفيه الاشهاد انه ياخذها ليردها على
صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير الكبير ولو ان رجلا سيب دابته
فاخذها انسان فاصلحها ملكها ان قال مالكها وقت التسييب هي لمن اخذها ولا سبيل له

على

عليها لانه اباح التملك وان لم يقل كان له ان ياخذها منه وكذا فيمن ارسل صيده وان
اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره ابو الليث وفي الهداية اذا كانت اللقطة شيئا يعلم ان
صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة ويجوز الانتفاع به من غير
تعريف لكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشر
والنواة يملكه وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك
وان سلخ شاة ميتة فهو له ولصاحبها ان ياخذه منه وكذلك الحكم في صوفها
قال ثم تصدق اي تصدق باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف
لان الواجب عليه حفظها واداؤها الى اهلها قال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات
الى اهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عنه عند عدمها اذ ايصال عوضها وهو
الثواب كايصال عينها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها وروي عن ابن مسعود رضي الله
عنه انه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها قال
فان جاء ربها نفذه او ضمن الملتقط يعني اذا جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط
فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان المتصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على
اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث يتوقف
الاجازة فيه على قيام المحل لان الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القائم
ولهذا اشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك ايضا عند الاجازة وان شاء ضمن الملتقط
لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه
التصرف بها وانما اباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حالة المخمصة ولا فرق في ذلك
بين ان يتصدق بامر القاضي او بغير امره في الصحيح لان امره لا يكون اعلى من فعله والقاضي
لو تصدق بها كان له ان يضمنه فكذا له ان يضمن من امره القاضي وله ان يضمن الفقير لانه
اخذ ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما ضمن من الضمان ولا الملتقط يرجع
على الفقير لما عرف في موضعه هذا اذا هلكت العين في يد الفقير وان كانت قائمة اخذها
صاحبها لانه لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله قال وصح التقاط البهيمة

اي يجوز التقاطها • وقال الشافعي الترك افضل في غير الشاة لما روينا ولنا انها يخاف
عليها ان يصل اليها يد خاينة فكان في اخذها صيانتها فكان افضلا او واجبا على نحو ما بينا
في غيرها ولان اطلاق النصوص من هذا الباب يتناولها وما رواه كان في ديارهم اذ كان لا
يخاف عليها من شي ونحن نقول في مثله بتركها وهذا الان في بعض البلاد الدواب يسيبها اهلها
في البراري حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت حاجتهم ولا فايدة في التقاطها في مثل هذه
الحالة والذي يدل على ذلك ما رواه مالك في الموطا عن ابن شهاب قال كانت ضوال الابل
في زمن عمر ابلا مؤبلة تتناتج لا يمسها احد حتى اذا كان عثمان امر بتعريفها ثم تباع فاذا جا صاحبها
اعطي ثمنها **قال** ومتبرع في الانفاق على اللقيط واللقطة لانه لا ولاية
له في الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير امره **قال**
وباذن القاضي يكون دينا اي لو انفق باذن القاضي يكون دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال
الغايب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار اذنه كامر المالك ولا يامر بالانفاق حتى يقيم البينة
انها لقطة عنده في الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها
وهو لا يجب عليه في المغصوب وهذه البينة ليست للقضا وانما هي لينكشف الحال فيقبل مع غيبة
صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يامر بالانفاق عليها مقيدا بان يقول بين يدي جماعة من
الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا ادري اهو صادق او كاذب وطلب ان امره بالانفاق
عليها فاشهدوا اني امرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر يقول
ينبغي للحاكم ان يحلفه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشتري ولم يجده وطلب من الحاكم ان يباع
ولو في دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز اجابه على نحو ما ذكرنا في اللقطة وقوله
وباذن القاضي يكون دينا يشير الى النفقة يصير دينا بمجرد الاذن وليس كذلك في الاصح لان
مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة او للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من ان يشترط
ويجعله دينا عليه كما ذكرنا في اللقيط وانما يامر بالانفاق عليها يوما او يومين او ثلثة بقدر ما يقع
عنده انه لو كان له مالك لظهر **قال** ولو كان لها نفع اجرها وانفق
عليها اي من اجرتها لان القاضي نصب ناظرا وامكنه ابقا العين من غير ان يلزم صاحبها الدين

فتعين

فتعين طريقا **قال** والا باعها • اي ان لم يكن لها نفع وانفق عليها بقدر ما يرى
من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو انفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس من
النظر ان تبقى العين ويوجب عليها اضعاف قيمتها فتعين الحفظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين
فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به ومن كونه امانة في يده وفي البدايع ان القاضي لا يبيعها
حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا في الانفاق والابق في هذا كاللقطة الا انه لا يوجر لانه يخاف ان [يابق]
قال ومنعها من ربها حتى ياخذ النفقة • اي اذا جا صاحبها وطلبها منعه
اياها حتى يوفي النفقة التي انفق عليها لان هذا دين وجب بسبب هذا المال لاحيائه فكان
له تعلق بهذا المال فاشبه جعل الابق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط
قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما ياخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشرا
اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل
ولعله يسقط لانه صار في معنى الرهن عند اختيار الحبس فيهلك بما حبسه فيه وكذا هذا
ولو ان القاضي باعها بعدما انفق عليها الملتقط قدر ما يراه القاضي من المدة اعطاه القاضي
من ثمنها لانه مال مالكها والنفقة دين على مالكها فلو رب الدين اذا ظفر بجنس حقه له ان يا[خذ]
القاضي اولى **قال** ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة • اي لا يدفع اللقطة
الى من ادعى انها له من غير اقامة البينة لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي ولان
اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بازالته فلم يزال الا ببينة ولا يستحق الا بها
كالملك ولهذا اوجب الضمان على الغاصب المدبر **قال** فان بين علامتها
حل الدفع بلا اجبار اي اذا اعطى المدعي علامتها حل للملتقط الدفع اليه من غير ان يجبر عليه
في القضا والعلامة مثل ان يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاها ووعاها وقال مالك والشافعي
يجبر على دفعها لما روينا من حديث ابي بن كعب وفيما رواه مسلم قال عليه الصلوة والسلام فان جا
صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاها فاعطها اياه والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب
ولان الظاهر انه كان في يده لانه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد اليه ولا منازع له في الملك
فيكون له ولان صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة

من وجه ولنا انه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا ولان اليد مقصودة فلا يستحق الا بحجة على
ما قررنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره ويخفى عليه
مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به
الاباحة وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامة ثم جاء آخر واقام بينة انها له فان كانت قائمة
اخذها منه وان كانت هالكة يضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط على الآخذ
ان ضمن ولا يرجع الآخذ على احد وللملتقط ان يأخذ منه كفيلا عند الدفع نظرا له لاحتمال ان يجيء
غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع على من اخذها لخفائه فليستوثق بالكفيل بخلاف
الكفيل لوارث غائب او غريم غائب عند ابي حنيفة والفرق له ان الملتقط يأخذ كفيلا لنفسه
وهناك لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضر في الارث فلا يجوز تاخير القسمة بين الورثة
او الغرماء الى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما به وهنا لم يتعين صاحب الحق باعطاء العلامة
ولهذا لا يجبر بالدفع اليه ولا يمضي القاضي بالمنع بالكلية على ما قررنا وان صدقه الملتقط
قيل لا يجبر على الدفع كالمودع اذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما اذا صدق المديون
الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لانه اقرار على نفسه بوجوب دفع ماله اليه وقيل يجبر لان
الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لان المودع متعين فلا يبطل حقه في العين
بتصادقهما وان دفعها اليه بتصديقه ثم اقام آخر بينة انها له فان كانت قائمة اخذها منه
لان اقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله ان
يضمن ايهما شاء لما ذكرنا فان ضمن القابض فلا يرجع به على احد لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط
فله ان يرجع به على القابض لان الملتقط ملكها بالضمان فتبين ان القابض تعدى على ملكه
ولا يمنع اقراره بانها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان لاعتماده على العلامة فاذا قضي عليه
بالبينة صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشتري اذا اقر بملك البائع ثم استحق المبيع يرجع على البائع
بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها اليه فانكر ربها
الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لان الوكيل عامل للموكل وفي زعم المقر ان الموكل
ظالم له في تضمينه اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له ان يظلم غيره وهنا القابض عامل

لنفسه

لنفسه وانه ضامن اذا ثبت انه لغيره ما فيتوقفا وللملتقط ان يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا
وذكر في شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه بتصديقه ليس له ان يرجع على القابض فعلى
هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن
الملتقط لانه مقهور وان اقام الآخر بينة انها له فقضي بالدفع اليه ثم حضر آخر واقام
بينة انها له لم يضمن لما ذكرنا وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين والصحيح
انه لا يكفل وعزاه الى قاضي خان قال وينتفع بها لو فقيرا والا تصدق
على اجنبي وابويه وزوجته وولده لو فقرا يعني يجوز للملتقط ان ينتفع باللقطة ان كان
فقيرا وان لم يكن فقيرا لم يجز ويتصدق بها على الفقير اجنبيا كان او من عياله او زوجة
له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لاطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الآية وقوله ولا تعتدوا وامثال ذلك الا انه ابيح الانتفاع به للفقير
بطريق التصدق لقوله عليه الصلوة والسلام فليتصدق به او للاجماع فبقي غيره محرم التناول
على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف ان يكون الفقير واجدا لها او غيره من
اقارب او الاجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج واباح الشافعي للواجد
وان كان غنيا لما روينا من حديث ابي بن كعب ولانه انما يباح للفقير حملا على انه رفعها صيانة
لها والغني يشاركه فيه والحجة عليه ما بيناه وليس له حجة في حديث ابي لانه حكاية حال فيجوز
انه عليه الصلوة والسلام عرف فقره اما بالديون عليه او لقلة ماله او يكون اذنا منه عليه الصلوة والسلام
بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل انه عليه الصلوة والسلام عرف
انه كان مال كافر حربي بل هو الظاهر لان دار الاسلام لم يكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفي
عليهم والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال
استغنائه فيها ومنع الشافعي عن الانتفاع بلقطة الحرم لا حد يعرفها ابدا لقوله عليه الصلوة والسلام
لا يحل لقطتها الا لمعرف ولما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة في بلد مكة ولنا
ما روينا من النصوص من غير فصل ولان في الانتفاع بها نظرا له من حيث انها تكون مضمونا
على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها على تقدير مجيئه والا فيحصل له الثواب

الصدقة ولا محنة له فيما روي لانه لبيان انه لا يسقط التعريف فيها باعتبار انها للغني باظاهرا
اووهما فنقول ان مالكها قد ذهب فياخذها من غير تعريف والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الآبق

وهو العبد المتمرد على مولاه قال اخذه احب ان قوي عليه اي
يقدر عليه لان فيه احياء ماليته وللمال حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له الخيار
ان شا حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شا رفعه الى الامام فاذا دفعه اليه لا يقبله منه الا
باقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة ثم يحبسه الامام تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الاباق
ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت
المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا في الضال فقيل اخذه افضل احياء له وقيل
تركه افضل لانه لا ينتقل مكانه حتى فيلقاه مولاه واذا رفع الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير
ولا يابق وان كان له منفعة اجره وانفق عليه من اجرته قال ومن رده من
مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة ايام فله اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شي
الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال واللقطة ولان
رده نهي عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته ولنا ما روي عن عمرو بن دينار انه قال
لم نزل نسمع انه عليه الصلوة والسلام قال جعل الآبق اربعون درهما والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا
على وجوب اصل الجعل وان اختلفوا في مقدارها فانه روي عن ابن مسعود انه اوجب اربعين
درهما واوجب عمر دينارا او اثني عشر درهما واوجب علي رضي الله عنه دينارا او عشرة دراهم وعن
عمار بن ياسر انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق اربعين درهما
فيحمل الكل على السماع لان الراي لا مدخل له في التقدير ثم يحمل قول من قال اربعين على مسيرة
السفر وما دونه على ما دونها توفيقا وتلفيقا لان ايجابه حامل على الرد اذ الحسبة نادرة
فيحصل صيانة اموال الناس وايجاب المقدر بالسمع في الضال واللقطة فيبقى على الاصل
اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى صيانة الآبق
لان الآبق يختفي والضال يظهر فيظهر وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة

المنقول فلا يصح قال ولو قيمته اقل منه يعني من اربعون درهما وان كانت
قيمته اقل من اربعين وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له القيمة الا درهما لان وجوبه ليثبت
احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب اكثر من قيمته ولابي يوسف ان تقديره ثبت
شرعا بلا تعويض لقيمته فيمنع النقصان كما يمنع الزيادة الا ترى ان الصلح باكثر منه لا يجوز
بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض ولو حط الكل لكان جائزا فكذا البعض وهذا هو
المشهور وروي عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه وعن ابي يوسف انه ينقص منه قدر ما
تقطع به اليد قال وان رده لاقل منها فبحسابه اي لاقل من مسيرة
السفر يجب بحسابه لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل انه يرضخ له
اذا وجده في المصر او خارج المصر وعن ابي حنيفة انه لا شي له في المصر ثم ان اتفقا في الرضخ
فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده من اكثر من مسيرة السفر لا يزاد على الاربعين
لانه متعلق بمدة السفر فلا تزاد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة وان كان العبد
مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا ياخذ من اوفى حتى يوفي كله كالمبيع المحبوس
بالثمن وان رد عبدين او اكثر يجب لكل واحد منهم اربعون درهما ولو رد جارية معها ولد صغير
يكون تبعا للام فلا تزاد على الجعل شي وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما قال
وام الولد والمدبر كالقن لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فيحصل به احياء المالية من
هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى هذا اذا ردهما في
حيوة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان ام الولد تعتق بموته وتكون حرة ولا جعل
في الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اذ العتق
لا يتجزى عندهما وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل
ان كان الراد اجنبيا وان كان وارثا ينظر فان اخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئا لان العمل
يقع في محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف في موضعه وان اخذه
في حيوته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول ان وجوب
الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو

مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل ولهما ان الوجوب مضاف
الى العمل لان الاجير يستحق بالعمل واثر التسليم في المبادلة في تاكيد البدل لا في ايجابه الا ان
سبب التاكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لا ان الوجوب متعلق به وهنا التسليم
فات في حصته اذ لا يكون مسلما لنفسه ولم يفت في حصة غيره فيثبت كذا عليهم حصتهم كما لو
خاط او صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل التسليم لا يسقط الاجر في حصته بخلاف ما لو اخاطه والمولى
حي لان العمل وقع في محل مشترك فلا يستحق الاجر على جانبيها ولو رد عبد ابيه او اخيه وسائر
اقربائه لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى بجريان العادة بالرد تبرعا ولو لم يكن في
عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد ابيه او احد الزوجين رد عبد الاخر فانهما لا يجب
لهما الجعل مطلقا لان رد الابق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا يقابل
باجر وكذا خدمة احد الزوجين الاخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل
ولا جعل للسلطان اذا رد ابقا **قال** وان ابق من الراد لا يضمن لانه
امانة في يده اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا في اللقطة ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه
ولو اخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى
فاعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض معنى ولهذا لو اعتق
المشتري المبيع قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره والمسئلة بحالها
فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة
البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له
لانه بمنزلة المبيع في يد البايع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البايع بالثمن المبيع ثم اذا
هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان
كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الاخذ قد ظهر فلا يبيع دعوا
ما يبريه عنه الا اذا اقام البينة على اقرار المولى بانه ابق **قال**
وليشهد انه اخذه ليرده لان الاشهاد دليل على انه اخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه
اخذه لنفسه فلا بد من الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل

اذا رده وهذا عندهما وعند ابي يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد
عنده ليس بشرط على ما بينا في اللقطة واجمعوا على انه لا يستحق الجعل الا اذا اخذه
ليرده حتى لو اقر انه اخذه لنفسه او اشتراه او اتهبه لنفسه ثم رده الى المولى لا يستحق
الجعل **قال** وجعل الرهن على المرتهن لانه احيا دينه بالرد لرجوعه
به بعد سقوطه بخلاف سلامة ماليته له ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حياة الراهن وبعده
سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا يختلف فيهما هذا اذا كان كله مضمونا بان كانت قيمته مثل
الدين او اقل فان كان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين فجعل حصة
المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان حق المرتهن في المضمون فصار
كثمن الادوية والفداء من الجناية وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه
من الديون وان ابى بيع العبد واخذ الراد جعله من ثمنه وما بقي يعطى لاصحاب الديون
لانه مونة الملك فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل
عليه لانه طهره عن الجناية باختياره فصار كانه لم يجن ولم يحيى الراد ماليته بالرد اليه
وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولي الجناية لانه بالرد احيى حقه وان كان موهوبا
فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد
وزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله ببيعه من الاسباب ولان زوال ملكه بالرجوع بتقصير
منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجاني والمديون
وجعل عبد الصبي في مال الصبي لانه مونة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان
تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لانه ضمان
جناية العبد وهو على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لاخر على صاحب الخدمة
في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد لا بمنزلة المشترك
قال وامر نفقته كاللقطة لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه
من ان الاخذ اذا انفق عليه من غير اذن القاضي يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع
على المولى عند الاذن وفي حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير انه لا يوجب وقد ذكرناه ... من قبل والله اعلم

كتاب المفقود

قال رحمه الله هو غايب لم يدر موضعه وذكر في النهاية انه في اللغة من الاضداد
يقول الرجل فقدت الشي اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا من المعنيين متحقق في
المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وهو في اصطلاح الفقها غايب لم يدر موضعه وحياته
وموته واهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم اثره فبالجد قد يصلون
الى المراد وربما تاخر اللقا الى يوم التناد وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى
لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث من احد مات من اقاربه لان ثبوت
حياته باستصحاب الحال ولا يعتبر الا في ابقا ما كان ولا يصلح للاستحقاق قال
فينصب القاضي من ياخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه لان القاضي نصب ناظرا لكل من
عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له
فيفعل وقوله من ياخذ حقه يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غرماوه
لانه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد
غيره لانه ليس بمالك ولا نايب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه ليس بمالك
ولا نايب عنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغايب وانما الخلاف
المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند
ابي حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فاذا كان يتضمن الحكم على الغايب
لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاوه بالاتفاق
فان قيل المجتهد فيه نفس القضا فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضا قاض اخر
كما لو كان القاضي محدودا في قذف قلنا ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضا وهو ان
البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا واذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاوه
كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف هكذا ذكره هنا وهو مشكل فان الاختلاف في
نفس القضا والا لم يتصور الاختلاف في نفس القضا فينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم
اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم باحد القولين حيث ينفذ حكمه

فيه من غير تنفيذ احد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذي نصبه القاضي
لا يخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف لانه اصيل فيه فترجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه
الفساد من ماله لانه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع
ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا في حفظ
ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة قال وينفق
منه على زوجته واولاده اي ينفق من ماله على فروعه واصوله وهو المراد بقوله
واولاده وعلى زوجته لان نفقة هولا واجبة من غير قضا القاضي ولهذا لو ظفروا بماله
اخذوه من غير قضا ويكون القضا اعانة لهم فلا يكون قضا على الغايب بخلاف نفقة غيرهم
كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذوي الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضا القا[ضي]
لانه مختلف فيه فلو قضى لهم لكان قضا على الغايب وهو لا يجوز وقوله في ماله المراد به
الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضا
بالقيمة وهي النقدان والقضا على الغايب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه
يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان في يد القاضي وان كان وديعة او دينا ينفق عليهم
منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا
ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان احدهما ظاهرا
دون الاخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر في الصحيح وان دفعا اليهم بغير امر القاضي
ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدي المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه او نايبه بخلاف
ما اذا دفع الى القاضي بنفسه او الى غيره بامره لان القاضي له ولاية الدفع والاخذ فان
كانا جاحدين اصلا او كانا جاحدي السبب من النسب والزوجية لم ينتصب احد من
المستحقين خصما فيه لان ما يثبته للغايب وهو المال لم يتعين بحقه لجواز ان يكون
له مال اخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعي على رجل شرا المشفوع
من المالك الغايب وكالعبد يدعي على رجل انه اشتراه من مولاه الغايب واعتقه فانه
يقضي على الغايب بمثله للضرورة قال ولا يفرق بينه وبينها اي لا يفرق

بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج
ان شاءت لان عمر رضي الله عنه فعل كذلك في الذي استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما
بعد مضي مدة اعتبارا بالعنة والايلاء فاخذ منهما المقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة
عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معدوم في الغيبة لانه مباح كما في العنة ولنا قوله
عليه الصلوة والسلام في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وقال علي رضي الله عنه
هي امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح حقه وهو حي فلا يبطل حقه وهذا لا يورث ماله لحي فكذا لا يفرق بينه وبينها
وقد صح رجوع عمر الى قول علي رضي الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق في الايلا لدفع الظلم ولا
ظلم من المفقود فلا نقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فاجله الشارع فكان اتفاقا بخلاف
الغيبة فلا نقاس عليه ولا على العنة لان الغيبة تعقب الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها
سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستوا قال ويحكم بموته بعد
تسعين سنة لان الغالب لا يعيش اكثر من ذلك وهو مروي عن ابي بكر الفضل وعن ابي بكر
محمد بن حامد رحمهما الله وابو يوسف قدره بمائة سنة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره
بمائة وعشرين سنة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران في بلده لان الرجوع الى امثاله
فيما يقع الحاجة فيه الى معرفته طريق في الشرع كقيم المتلفات ومهور امثال النسا فاذا لم
من اقرانه دل ذلك على موته فيحكم بموته لان بقاءه بعد اقرانه نادر وتبنى الاحكام الشرعية
على الغالب لا على النادر والمختار انه يفوض الى راي الامام لانه يختلف باختلاف
البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره
يغلب الظن في ادنى مدة انه مات لا سيما اذا دخل مهلكة وما كان بسبب اختلاف الناس
في مدته الا الاختلاف ارايهم فيه فلا معنى لتقدير قال وتعتد امراته
ويورث منه حينئذ لا قبله اي حين حكم بموته لا قبل ذلك الوقت من ورثته كانه مات فيه عيانا
لان الحكمي معتبر بالحقيقي قال ولا يرث من احد مات من اقاربه حال فقده
قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به

خ حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون في ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك

ما

٩٤

مال الغير وانما يدفع به استحقاق مال غيره فيكون كانه حي في ماله ميت في حق مال غيره هذا اذا لم يعلم
حياته الى ان يحكم بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا
يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من اقاربه كما في الحمل لاحتمال ان يكون حيا فيرث
فان تبين حياته في وقت مات فيه مورثه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي
وقف من ماله وكذا اذا اوصى له يوقف الموصى به الى الحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به
الى ورثة الموصي قال ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئا
وان انتقص حقه به اي بالمفقود يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل لان حاله متردد
فيعمل بالاحوط فالاحوط كالحمل ثم الاصل في تصحيح مسايل المفقود وهو ان تنظر
في المسلة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم تنظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة
فاضرب وفق احدهما في الاخر والا اضرب الجميع في الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير
حياته او مماته تسقطه ومن كان ينتقص في احد الجانبين ولا يسقط يعطى اقل النصيبين
ويوقف الباقي ومن يتغير نصيبه في الحالين يعطى نصيبه كاملا مثاله تركت امراة زوجا واما
واختا لابوين واخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج
النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا الاخت على تقدير مماته وعلى
تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك بنتين
واخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقودا فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع
على تقدير حياته ولا شيء لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته ولا شيء له على تقدير حياته
فيعطى البنتان الثلثان ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيئا كما في الحمل على ما عرف في موضعه

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ومنه
الشرك بالتحريك حبائل الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة
على العقد مجازا لكونه سببا له اعلم ان الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على
ما نبين في اثنا البحث قال رحمه الله شركة الملك ان يملك اثنان عينا ارثا

وكذا الاستيلاء مح

او شراء او ارثا او وصية او اختلاطا مال بغير صنع او بصنعهما بحيث لا يتميز او يتعذر كالحنطة بالجنس او المايع بالمايع او خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا في زمنه عليه الصلوة والسلام كالشركة في المواريث والغنايم ونحوها **قال** وكل اجنبي في قسط صاحبه اي كل واحد منهما اجنبي في نصيب صاحبه حتى لا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه كمال غيره من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز كيف ما كان لولاية على ماله وكذا اذا باعه من غيره كما ذكرنا الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه من اجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشي بما لا يتميز استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط اي الخالط لو كان على سبيل التعدي فاذا حصل من غير تعدي فقد انعقد على سبب الزوال من وجه فاورث شبهة زوال نصيب كل واحد منهما اي شريكه في حق البيع من الاجنبي فلا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه واما فيما عداه ملك كل واحد منهما قايم من كل وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف وان ملك كل واحد منهما في هذه الصورة على حياله لان كل حبة مشار اليها ليست بمشتركة وانما هي ملك احدهما بعينه الا انه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا تقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف هذه الصورة من انواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من اجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز **قال** وشركة العقد ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقبل الاخر لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول بان يقول شاركتك في بز او نحوه او في عموم التجارات وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع ما يحصل كل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة والشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكتسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلثة اوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام وعقد الشركة جايز لانه عليه الصلوة والسلام بعث والناس يتعاملونه فقررهم عليه وروي ان السايب قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية

فكنت

٩٥

فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه ابو داود وغيره من الثقات وقال عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه ابو داود وروى البخاري واحمد ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه فعلم بذلك ان شركة العقد مشروعة **قال** وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا اي شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبي عن المساواة وهي مشتقة منها وقال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم • ولا سراة اذا جهالهم سادوا

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان كل واحد منهما يفوض امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع التجارات لتتحقق المساواة ولا تصح الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون شرايطها فيشترط النص عليها او على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخل في ملك صاحبه الا بالوكالة منه اذ لا ولاية له عليه ولا تقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب الا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح ضمنا حيث صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شي مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذا هذا وافقونا فيه في شركة العنان فانها جايزة بالاجماع وان تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة اذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا او نقول الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية الى المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي الى المنازعة فيجوز فوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه فايدة لمتاز به عن غيرها من انواع الشركة لان كل عقد شركة يتضمنها ولا يصح الا بها فلا يختص المفاوضة وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما فيما باشره احدهما ولا يقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جاز هنا مع جهالته لانا نقول ذاك في التكفيل مقصودا واما اذا دخل في ضمن شي اخر فلا يشترط على ما ذكرنا في اشتراط

الوكالة مع الجهالة او نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع
واشترط التساوي في المال لانه لفظ ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي في مال تصح
فيه الشركة كالنقود ولا يعتبر التفاضل في العروض وانما شرط ان يتساويا في التصرف
لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف كالحر والعبد والبالغ والصغير
لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن الولي والمولى ولانهما لا يملكان الكفالة لكونه
تبرعا ابتداء وهو شرط فيها واشترط ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف
في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها
ان يقدر على بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشراء وكذا المسلم لا يقدر على شرائها
كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما وقال ابو يوسف يجوز بينهما لان كلا منهما
يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما الا انه
يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من العقود وتطبيق انها تجوز بين الشافعي والحنفي مع
تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرابه وجواب ما بيناه والفرق لهما ان الحنفي والشافعي
لم يتفاضلا في التجارة وضمانها لان الشافعي في زعمه ان شرا متروك التسمية جائز لهما وفي
زعم الحنفي غير جائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا المحاجة
باقية بينهما فيلزمه فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمي ويجوز بين الكافر لاستوائهما في ملك
التصرف والكفالة ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها
وهو ملك التصرف والكفالة فيهما او في احدهما ثم في كل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها
وهو ليس بشرط في العنان كان عنانا لاجتماع شرائطه اذ هو اخص فاذا بطل الاعم تعين له
قال فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر لما ذكرنا
قال وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم اي ما يشتريه
كل واحد منهما يكون للشركة الا ما استثناه لان مقتضى عقد المفاوضة المساواة وكل واحد منهما
قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما والقياس ان يكون الطعام المشترك والكسوة
المشتراة مشتركة بينهما لانها من عقد التجارة فكان من جنس ما تناوله عقد الشركة الا انا

استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد ان يكون
نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيل الا بالشراء فكان مستثنيا لهذا القدر
من تصرفه من مقتضى العقد دلالة او عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستئجار للسكنى او للركوب
لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التي يطؤها لما ذكرنا قال وكل
دين لزم احدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الاخر لانه كفيله والمراد بالكفالة اذا كانت بامر المكفول
عنه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يلزمه لانه متبرع ولهذا لا تصح من الصبي والعبد المأذون
والمكاتب ولا تعتبر من الثلث في المرض وله انه معاوضة انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير
امره والكفالة بالنفس ومن الغصب خلاف ابي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره
هو يقول انه ليس بتجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به
من المأذون والمكاتب وهذا لان شرط لزوم غير العاقد ان يكون بدلا عن شيء يصح فيه الاشتراك
وان لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لان النفقة يصح فيها الاشتراك وكذا بدل
الغصب لانه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق وكذا اذا استاجر احدهما يلزم الاجر صاحبه
لما ذكرنا ولان المساواة به يتحقق ولا يلزمه ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة
الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم الا المباشر لان
كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشياء ليست من باب التجارة
فلم تدخل تحت العقد ثم اذا ادى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الاخر
بحصته وان ادى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وان ادى من مال مشترك بينهما
رجع بحصته لانه قضى دينه بمال صاحبه او قضى عنه صاحبه بامره قال
وبطلت ان وهب لاحدهما او ورث ما يصح فيه الشركة اي بطلت المفاوضة اذا ورث احدهما او
وهب له ما يصح فيه الشركة ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح راس المال
اذ المساواة فيه شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الاخر فيه لانعدام السبب في حقه
وتنقلب عنانا للامكان اذ لا تشترط فيه المساواة قال لا العرض اي لو
ملك احدهما عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء وهذا

لان المفاوضة لا تبطل ببقائه وزيادة المال الامر مال يصح عقد الشركة فيه ابتدا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى تقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتدا المفاوضة فيمنع البقا لان لبقا ما ليس بلازم من العقود حكم الابتدا والمفاوضة منها قال ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة وقال مالك يجوز في العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما في راس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافي وهو ربح ما لم يضمن فاقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما يشتريه احدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرا وبيع الانسان ماله على ان يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز بخلاف الشرا ولانه يلزم ان يكون وكيلا في بيع المال على ان يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع امين فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس اذا كانت تروج فهي اثمان فاخذ حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة فيها ولا المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فتصير عروضا فلا يصلح راس المال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن رفع راس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر فيؤدي الى النزاع وقيل ابو يوسف مع محمد والاقيس ان يكون مع ابي حنيفة لما عرف من اصلهما تتعين بالعقد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين باعيانها عندهما خلافا له والاصح انها تجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده واما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فثمن باصل الخلقة والاول هو ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى شي اخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه حكم العروض في حكم التعيين وعدم جواز الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف ويكون المخلوط

[margin: يصطلح]

بينهما

بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعند محمد انه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند ابي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما ويبطل شرط التفاوت وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشرا به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن يجوز بعده رعاية للشبهين ولو فيما لخلطهما عليهما بخلاف العروض وجه ظاهر الرواية انه ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا خلط بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وابو يوسف يقول لانا نتيد لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط قال رحمه الله ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الاخر وعقد الشركة صح اي لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الاخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب الاخر بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكر هنا في بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السوا واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة كما اذا كان قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الاخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله بينهما اخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الاخر حتى يكون المال كله بينهما ارباعا فيعلم بذلك انه قوله باع نصف ماله بنصف مال الاخر وقع اتفاقا او قصد ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان

[margin: ثم بالعقد]

وقوله نصف عرض الآخر اتفاقا فالانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العروض الذي
باعه جاز ايضا **قال** وعنان ان تضمنت وكالة فقط اي هي عنان ان تضمنت
الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة والعنان ماخوذ من قولهم عن له كذا اي عرض له قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه • عذارى دوار في ملاء مذيل

اي عرض او من قولهم عن له بمعنى ظهر له فكانه ظهر له ان يشارك في البعض من ماله لان العنان لا يثبت
على العموم من كل وجه او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل
بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه وحكي عن القاضي
لم يجيء هذا الاسم على هذه الشركة وانما هذه كلمة تطرق بها اهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة
والخاصة من عنده ان يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فانه مستعمل في كلام العرب قال النابغة

شاركنا قريشا في تقاها • وفي احسابها شرك العنان

وانما تضمنت الوكالة ليتحقق مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما ولا حاجة الى
تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة **قال**
وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه ان
يشترطا الاكثر للعامل منهما او لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد او لاقلهما عملا فلا يجوز وقال
زفر يستحقان الربح على قدر ماليهما ولا يجوز ان يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان
الضمان بقدر راس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف راس المال ولنا الربح
قوله عليه الصلوة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق بالجملة
ثلاثة امور بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا فوجب ان يستحق المشروط به كالمضارب
فانه يستحقه بالعمل والاستاد الذي يتقبل الاعمال بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة ماسة
الى اشتراط التفاضل لان احدهما قد يكون احذق واهدى في التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول
بجوازه كيلا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض
او البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه امين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه
كالوديعة وغيره ولا تنافي بين استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط ان يكون عمله مثل عمل

شريكه

شريكه او اكثر لما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من حيث
الاسم ووجود المال والعمل منهما فقلنا جاز اشتراط الربح اعتبارا بالمضاربة ولا تبطل باشتراط
العمل عليهما اعتبارا بالشركة تحققه ان كلا منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال نفسه وعمله في مال
صاحبه باجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة **قال** وببعض المال اي يجوز
ببعض المال دون البعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بجوازه
قال وبخلاف الجنس اي يجوز بخلاف الجنس ايضا بان كان من جهة احدهما
دراهم ومن جهة الطرف الآخر دنانير وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يتصور
الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان
فيكون نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر ولا اشتراك مع الامتياز ولفظ الشركة يدل
على الاختلاط على ما بينا ان الشركة عقد تنفذ كل من الطرفين للمشترك كل واحد منهما بثمن في
ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال
ولهذا سمي العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل لا الى المال
لان تلك الاختصاص لها بالعقد فاذا كانت مستندة الى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة
والاتحاد وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا
قال وعدم خلط اي يجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا
انفا والخلاف فيه **قال** وطولب المشتري بالثمن فقط اي طولب المشتري
وحده بالثمن هنا ولا يطالب الاخر فيما اشتراه للشركة لان الضمان يقتضي الوكالة دون الكفالة
والمباشر هو الاصل في الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة **قال**
ورجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيله وادى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان
نقد من مال مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبدا للشركة وهلك فعليه
البينة لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو منكر فالقول قوله **قال** رحمه الله
وبطلت بهلاك المالين او احدهما قبل الشرا لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه
حكم الابتداء ولان النقود تتعين فيها كما في الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك

كما في هلاك المبيع قبل القبض فاذا هلك هلك من مال صاحبه لانه باق في ملكه بعد العقد فلا يجب
عليه ضمان ماله ان هلك من يده وان هلك من يد صاحبه لانه امين فلا يضمن وان هلك بعضه بعد الخلط
بقي الباقي على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا لان النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة
والوكالة المفردة حيث لا تبطلان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت
بعد القبض قبل الشرا تبطل المضاربة والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال
رحمه الله وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر فالمشترى بينهما يعني على ما شرطا لان الشركة
كانت قايمة وقت الشرا فوقع الملك مشتركا بينهما فلا تتغير بهلاك مال الاخر ثم الشركة شركة
ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف الا في نصيبه لان الشركة العقد بطلت
بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع
وقع مشتركا بينهما شركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد نفوذه كما لو اشتريا بمالهما ثم هلك
المالان قبل النقد قال ورجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه
وكيل في حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه
هذا اذا هلك احد المالين بعد شرا احدهما فلو هلك قبل الشرا ثم اشترى الاخر بماله ينظر
فان كانا صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان
بطلت بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة
ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا وان ذكروا مجرد الشركة ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة
فالمشترى يكون للمشتري خاصة لان دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة
وقد بطلت الشركة فيبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا به لانها صارت مقصودة واطلق
في بعض النسخ ان يكون مشتركا بينهما وفي بعضها اطلق انه لا يكون مشتركا فالاول محمول
على ما اذا نصا على الوكالة والثاني على ما اذا لم ينصا عليها قال وتفسد ان
شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله
لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال
ولكل من شريكي العنان والمفاوضة ان يبضع لانه معتاد بين التجار ولان له ان يستاجر من

يتجر فيه

يتجر فيه فتفويضه اليه بغير اجر اولى لانه دونه لعدم المؤنة فيه قال ويستاجر اي
ليتجر فيه او ليحفظ المال لانه معتاد بين التجار ولانه قد لا يقدر على مباشرة الكل بنفسه فلا يجد
بدا منه قال ويودع لان الايداع اقل من الحفظ في المال فاذا كان له ان يستحفظ
باجر فبغير اجر اولى قال ويضارب لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب
مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح اجيرا والشركة ضمنية فيثبت ضرورة استحقاق الاجر من
الربح مشاعا فله ان يفعل هذه الاشيا كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع ولانها تستبقي بعض
الخارج من العمل فاذا كان له الاستيجار ان يستاجر بشي في الذمة فلا يجوز هذا اولى وعن ابي حنيفة
انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما
المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استاجر ليتجر فيه بل اولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشي
لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فيتضمنها والدليل على انها دونها ان المضارب ليس
عليه شي من الوضيعة وانه اذا فسدت لا يستحق شيا من الربح ولا يلزم هذا المكاتب
والماذون له في التجارة حيث يجوز للمكاتب ان يكاتب وللماذون له ان ياذن وان كانا مثلهما لانا
نقول الاطلاق لهما الاكتساب وهذا من باب الاكتساب انه يجوز لهما البيع وهذا دونه اذ لا يخرج
من الاذن من ملكه اصلا وفي الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة ولانه المنع عن استتباع
المثل لحق الغير واما في حق نفسه فلا يمنع والمكاتب او الماذون له متصرف لنفسه بعد فك
الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك قال ويوكل لانه
متعارف بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له ان يستاجر من يحفظ المال ويتجر فيه
فاولى ان يوكل لانه دون الاستيجار قال ويده في المال امانة لانه
قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعاريه
قال وتقبل ان اشترك خياطان او خياط وصباغ على ان يتقبلا الاعمال
ويكون الكسب بينهما اي شركة العقد تقبل اي شركة تقبل على حذف المضاف وتسمى
شركة الصنايع وشركة الاعمال وهذه الشركة جايزة عندنا وقال الشافعي لا يجوز وهو
احدى الروايتين عن زفر لان الشركة في الربح تنبني على الشركة في راس المال على اصلهما ولا مال

لما فكيف يتصور التمييز بدون الاصل **ولنا** ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما
يقبل التوكيل فلا يجوز الا ترى انه لو وكله بتقبل الاعمال من غيران يكون للعاقد فيه شركة
يجوز فكذا اذا كان له فيه شركة كالشرا وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحق
بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب ان يستحقاه
بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة
ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل واليه اشار في الكتاب بقوله او خياط او صباغ وكذا لا يشترط
فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو امكان التحصيل بالتوكيل
لا يختلف باختلافهما **قال** ــــــــ وكل عمل يتقبله احدهما يلزمهما لانه تقبله لنفسه
بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالاجر ويبرأ ان
بعمل احدهما ويبرأ المستعمل بدفع الاجرة الى احدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان
استحسان والقياس ان لا يلزم والايطالب غير المتقبل لانه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت بمقتضى
المفاوضة وجه الاستحسان ان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال فكما يرجع على شريكه هناك
بالثمن فكذا يرجع هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا بقبول العمل لانه لو اضرا الى ما بعده لسقط حقه في الرجوع
اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم العنان
والمفاوضة في الضمان وهذا لان الربح يستحق اما بالمال او بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل
ولا وجه لضمان العمل الا على هذا الوجه **قال** ــــــــ والكسب بينهما يعني
اذا عمل احدهما دون الاخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر واما
الاخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فصار ضامنا له فيستحقه بالضمان فالزيادة على ما ضمن من
العمل ربح ما لم يضمن فوجب الا يجوز شركة الوجوه وجه الاستحسان ان العمل لا يتقوم الا
بالعقد او شبه العقد فلا انسان ان يتقوم عمله بما شا فاذا اتفقوا ان عمل احدهما بشيء وعمل الاخر
بانقص منه او ازيد لا يمتنع كثمن العين فيكون ما ياخذه من الاجرة بدل عمله ابتدا لا ربحا لان
الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم
كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشترى متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا

قال ــــــــ ووجوه ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا
اي هذه شركة وجوه يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بينه سميت به لانه لا يشترى
بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل
لانهما اذا جلسا ليدبرا امرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة
عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا على المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت
مفاوضة او ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيها شرائطها صارت مفاوضة فيهما
والا فعنان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لان خلط المال شرط عنده فلا
يجوز بغير مال وعندنا يجوز لان المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد امكن لان الشرا
والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا من شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه
لانه لا ولاية له على صاحبه الا به **قال** ــــــــ وتتضمن الوكالة لانه بذلك يتمكن
من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا تتضمنها جميع انواع شركة العقود وتتضمن الكفالة
ايضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة لما بينا في اول الكتاب **قال** ــــــــ وان شرطا مناصفة
المشترى او مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب
او المال كرب المال او بالضمان كالاستاد الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ
باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا ترى ان من قال لغيره تصرف
في مالك على ان لي بعض ربحه لا يستحق شيا لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة
الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو
غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها اذ لا تعمل
في مال معين وتعيين المال هو المجوز للمضاربة الا ترى ان المال لما كان معينا في غير شركة
الوجوه جاز ايضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل ــــــــ

فصل في الشركة الفاسدة

قال ــــــــ ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء وكذا في اخذ كل مباح
كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت

حـ فرادونهما ايما التقبل والوجوه

ن الجبال

للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لا يملكه فلا يملك انابة غيره منابه ولان المباح
لمن اخذه فلا يملك ايقاع الحكم فيه لغيره **قال** ـــــ والكسب للعامل لما ذكرنا
قال ـــــ وعليه اجر ما للآخر لانه استوفى منفعته بعقد فاسد فيجب
عليه اجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا عليها الماء فايهما استقى فهو له
ويجب عليه اجر مثل آلة الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به المسمى واصله
ان الاجارة اذا فسدت يجب اجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد اجر المثل على المسمى
وان كان مجهولا كما اذا جعل الاجر دابة او ثوبا او استاجر دارا او حماما على ان العمارة
على المستاجر يجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشيء ولم يتم رضاه بشيء وان كان معلوما
من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغا ما بلغ
لان النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه الا به فيقدر عندهما
لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به واكثر ما يقع هذا في المضاربة
والمزارعة فحينئذ ماله الى كونه مجهولا وما له الى كونه معلوما فاذا كان المباح فيما نحن فيه
لمن اخذه يجب عليه للآخر اجر المثل على ما ذكرنا وان اخذاه معا يكون مشتركا بينهما ثم
ان علم ما اخذه كل واحد منهما بالكيل او الوزن في المكيل والموزون مثل الثمر ونحوها
او بالقيمة في القيمي فلا كلام فيه وان لم يعلم فدعوى كل واحد منهما يصدق الى النصف ولا
يصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا في الكسب وفي كونه في ايديهما فكان في يد كل
واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة **قال** ـــــ
والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تبع للمال
كالريع وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه
بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع **قال** ـــــ وتبطل
الشركة بموت احدهما ولو حكما اي لو كان الموت حكما بان ارتد احدهما ولحق بدار الحرب
وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها وهذا
لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة في المستفاد على ما مر

والوكالة

والوكالة تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه
او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد لعدم الفائدة
فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ احدهما الشركة في حالة يكون له الفسخ فيها
بان كان المال دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا **قال** ـــــ
ولم يزك مال الآخر اي لا يزكي كل واحد منهما نصيب صاحبه لانه لم يؤذن له فيها لان
الاذن بينهما وقع في التجارات والزكوة ليست منها **قال** ـــــ فان اذن
كل اي اذن كل واحد منهما لصاحبه باداء الزكوة عنه وادّيا معا ضمنا ولو متعاقبا ضمن
الثاني اي لو اديا متعاقبا ضمن الثاني علم باداء صاحبه او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا اشار في كتاب الزكوة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء
شريكه او لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكوة او الكفارات
اذا ادى الآمر بنفسه مع المأمور او قبله او اعتق لهما انه مأمور بالاداء وقد اتى به
وليس في وسعه ايقاعه زكوة او كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار كالمأمور بذبح دم
الاحصار اذا ذبحه بعدما زال الاحصار وحج الآمر وله انه اتى بغير المأمور به لان المأمور
به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض اذ لا يلزم الضرر الا لدفع الضرر عن نفسه
فصار مخالفا فيضمن علم او لم يعلم اذ هو صار معزولا باداء الآمر وهو حكمي فلا يشترط
فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بقيد علم بعد قضاء الآمر
لانه لم يخالف لان المأمور به جعل المقبوض مضمونا على القابض وقد وجد لان
الديون تقضى بامثالها فامكنه الرجوع على القابض بعد الهلاك وبخلاف دم الاحصار
لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول فيتحلل بافعال النسك وكذا له الا
يتحلل بعد الذبح بل يتحلل باداء النسك وقد اتى به على الوجه المأمور كيف ما كان فلا يضمن
وقيل هو على الخلاف ايضا فلا يرد اشكالا **قال** ـــــ وان اذن احد
المتفاوضين لشراء امة ليطأها ففعل فهي له بلا شيء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطيها والثمن بمقابلة الملك

فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال المشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن
الطعام والكسوة ولو ان الجارية تدخل في ملكها جبرا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تعيين
الادن تتضمن هبة نصيبه لان الوطي لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشتريا هائم قال
احدهما للاخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لشخص ادعى الذكوة فادى عنه كان
تمليكا منه في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة
ولا ضرورة في مسئلتنا فلا يستثنى فتدخل في ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبايع
ان ياخذ بالثمن ايهما شا على التقديرين لما بينا في الطعام والكسوة والله تعالى اعلم

كتاب الوقف

الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى
ولا يتعدى ومنه وقف عقاره على كذا اي حبسه عليه وسمى به المفعول مبالغة كقولهم
نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب قال رحمه الله هو
حبس العين عن ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وهذا في الشرع وهو عند ابي حنيفة
رضى الله عنه وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى قال ولا ملك
يزول بالقضا الا اي فالك اي بقضا القاضي لانه فصل مجتهد فيه وينفذ قضاؤه وهذا عند
ابي حنيفة وعندهما يزول من غير قضا واصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند ابي حنيفة
اصلا وهو المذكور في الاصل وقيل يجوز عنده الا انه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه
اي وقت شا ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه
غير ان عند ابي يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى يجعل للواقف وليا ويسلمه
اليه لنا ما روي عن ابن عمر ان عمر رضى الله عنه اصاب ارضا من ارض خيبر فقال يا رسول
الله اصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تامرني فقال ان شيت
حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقرا
وذوي القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف

يبلغ

ويطعم غير متمول رواه احمد والبخاري ومسلم وغيرهم وقال عليه الصلوة والسلام اذا مات
الانسان انقطع عمله الا من ثلثة اشيا صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح يدعو له
رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم ولان الصحابة والتابعين ومن بعدهم الى يومنا هذا قد
تعاملوه فكان اجماعا ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف ليصل ثوابه اليه على الدوام
وقد امكن دفع هذه الحاجة باسقاط الملك وجعله لله تعالى كما في المسجد ويخرج عن ملكه
كما يخرج المسجد فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لانه
اسقاط ملكه لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولي لانه صدقة
فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه
مالك للاشيا ولكنه يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكوة وغيرهما من الصدقات
المنفذة ولابي حنيفة رضى الله عنه قوله عليه الصلوة والسلام لا حبس على فرايض الله وقال
شريح جا محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق لانه عرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور
الا اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه الصلوة والسلام لعمر فيما رواه النسائي وابن
ماجة احبس اصلها وسبل ثمرتها اي احبسه عن ملكك وتصدق بثمرتها والا لكان مسبلا
جميعا وهذا لان خروج الملك لا الى المالك غير مشروع الا ترى ان الله نهانا عن السايبة
وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمهم ولا يتناول منها الا الفقرا والضيوف
بخلاف الاعتاق او المسجد لا يخرج عن حق العبد حتى لا يجوز له ان ينتفع به وهذا انقطع
عنه حق العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفه ونصب القيم ولانه
تصدق بالغلة او بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا في الوصية وما رويناه ما
يدل على لزومه والذا عمر انه يبيع ذلك بعد موت رسول الله صلى الله عليه وسلم وكره ان ينقض ما كان
بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما حل له ان ينقض
الا انه اذا حكم به حاكم يرى لزومه وكذا اذا اراد محمد يلزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات
وطريق الحكم فيه ان يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه الواقف بحكم انه غير لازم فاذا
تنازعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الواقف لزم بالاجماع لما ذكرنا هذا اذا حكم به

اراد محمد

المتولي واما الحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لان للقاضي ان ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملكا للميت باقيا فيه حكما فيتصدق عنه دايما وان لم يخرج من الثلث وبقي الباقي الى ان يظهر له مال اخر او يجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم يجز الورثة يقسم الغلة بينهم اثلاثا ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لان الوصية لا تختلف بين ان يكون في الصحة او في المرض وان نجز الوقف في المرض وهو بمنزلة المعلق بالموت فيما ذكر الطحاوي والصحيح انه بمنزلة المنجز في الصحة عند ابي حنيفة فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه الا من الثلث بخلاف ما اذا وقف في الصحة

قال ولا يتم حتى يقبض اي حتى يقبض المتولي فيه خلاف لابي يوسف وقد ذكرنا

قال ويفرز اي لا يجوز حتى يفرز يحترز به عن المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند ابي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنع كما لا يمنع الاعتاق واما عند محمد لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة واما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضر الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما من اقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله ايضا عند ابي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين ان الوقف كان شائعا فيعود الكل اليه او الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث وجحد الورثة في البعض شائعا او رجع هو فيه في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان الشيوع طارئ بعد صحته في الكل العدم

الشيوع

الشيوع وقت التصرف وانما طرأ بعده فلا يضر ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان ارضا بينهما معا او متعاقبا جاز اذا سلماه معا وان اختلفت الجهة لان وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدي

قال ويجعل اخره لجهة لا تنقطع اي لا يجوز الوقف حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وانه بالتأبيد كالعتق ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود منه هو التقرب الى الله تعالى به وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل بجهة لا تنقطع ثم تصير بعدها للفقراء وهذا يدل على ان التأبيد شرط عنده ايضا الا انه لا يشترط ذكره لان مطلقه ينصرف اليه ومحمد يقول لا ينصرف اليه الا بالتصريح بذكره لان المطلق يحتمل التوقيت وفي المحيط لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة او محرمة او محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند ابي يوسف بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ ابي حنيفة فان ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط وذكروا ان لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة تدل على انه اراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع اخر لو قال ارضي هذه موقوفة على فلان او على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له ما دام حيا وبعده للفقراء لانه لما نص على الصدقة وهي لا تكون الا للفقراء انصرف اليهم وذكر فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيا ومحل الخلاف المذكور بينهم فيما اذا لم يذكر لفظ الصدقة بان قال هذه موقوفة على فلان او ولدي او قرابتي ونحو ذلك واما اذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وابو يوسف كان ضيق في امر الوقف غاية التضييق اولا مثل ابي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والافراز ومحمد توسط بينهما ولهذا افتى به عامتهم

قال رحمه الله وصح وقف العقار ببقره واكرته والقياس ان لا يجوز لان التأبيد من شرطه وجه الاستحسان انها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وكم من

شئ يثبت تبعا ولهذا دخل البنا في وقف الارض وعلى هذا ساير الات الحراثه **قال** ومشاع قضي بجوازه اي يجوز الوقف فيه لان قضا القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات على ما بينا من قبل **قال** ومنقول فيه تعامل كالكراع والخف والسلاح والفاس والمر والقدور والقدوم والمنشار والجنازه وثيابها والمصاحف ونحو ذلك ما تعورف وقفها وعند ابي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والقياس الا يجوز في المنقول اصلا الا ان ابا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام قال في حق خالد قد حبس ادراعه واعتاده في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد رحمه الله ترك بالتعامل وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف من حيث انها تمسك للدين تعليما وتعلما وقراة واكثر فقها الامصار اخذوا بقول محمد والشافعي جوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقا عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فبقي ما وراه على اصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله ويدخل في وقف الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبنا دون الزرع والثمار **قال** ولا يملك الوقف ولا يقسم وان وقف على اولاده لانه لا حق للموقوف عليهم في العين وانما حقهم في الغلة ولان المقصود من الوقف ان يبقى حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتملك والقسمة بين مستحقي الوقف تنافيان ذلك فلا يجوز **قال** ويبدا من غلته بعمارته بلا شرط لان قصد الواقف صرف الغلة دايما ولا يبقى دايما الا بالعمارة فيثبت اقتضا من غير شرط **قال** ولو دارا فعمارته على من له السكنى اي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه فان العمارة عليه لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة **قال** رحمه الله ولو ابى او عجز عمر الحاكم باجرتها لان فيه ابقا الوقف على ما قصده الواقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله فصار نظير صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه

ببطلان

حـ
الاعتاد والات الحرب من السلاح والدواب وغير ذلك واحدها عتاد بفتح العين المهملة وقيل عتد بفتحتين قال الجوهري فرس عتد وعتد بفتح التا وكسرها وهو المعد للحرب والعتاد العدة

ببطلان حقه لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله الى العمارة فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه لاحتمال بالشك ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك ولا مالك لكن الحاكم يوجرها له او لغيره فيعمرها باجرتها بقدر ما يبقى على الصفة التي وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لان بعضها صارت مستحقة له فيرد اليه ما كانت وفي رواية يجوز والاول اصح **قال** ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج اي الى الاحتياج لانه لا بد من العمارة والا فلا يبقى فلا يحصل صرف الغلة الى المصرف على التابيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال ان احتاج اليه والا يمسكه حتى يحتاج اليه كيلا يتعذر عليه اوان ..... الحاجة **قال** ولا يقسمه بين مستحقي الوقف اي لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق في العين ولا في جزء منه وانما حقهم في المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة لان البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف المبدل **قال** وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه صح اما الاول وهو ما اذا جعل غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لابي يوسف ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال يا كل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على وجوبه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من اصلها فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جايز لا انه جعل ملك نفسه لنفسه فصار نظير ما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلوة والسلام نفقة المرء على نفسه صدقة ووجه قول محمد ان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة او بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة وقال الفقيه ابو جعفر ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة الا شي ذكره في الوقف فقال اذا وقف على امهات اولاده فقال هو الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد حالة حيوة المولى يكون للمولى وقيل انه في الصحيح على الخلاف في الهداية وهو ظاهر وقيل يجوز لهن بالاتفاق لانه تعتقن بموته فيصرن اجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه للاجنبي ثم في حال

يجوز ايضا تبعا لما بعد حماته وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا
شاء ويكون وقفا مكانه او شرط الواقف الخيار لنفسه ثلثة ايام وهو مبني على ما ذكرنا
من ان التقرب بازالة الملك واشتراطها ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا اشترط
ان يكون الثمن له او يتصدق به حيث لا يجوز الوقف اصلا وكذا اذا شرط الخيار وهو مجهول
في رواية وفي رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط واما الثالث وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه
فجايز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص عندنا ان عند محمد يسلمه ثم يكون له الولا(ية)
لان التسليم شرط عنده وان لم يشترطها لاحد فالولاية له عند ابي يوسف وعند محمد لا يكون له الولاية
لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر من يده فصار اجنبيا عنه ولابي يوسف ان المتولي انما
يستفيد الولاية من جهته لشرطه فيستحيل ان يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه ولانه اقرب
الناس اليه فيكون اولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب القيم فيه وكمن اعتق عبدا
كان الولاية له لانه اقرب الناس اليه وذكر هلال في وقفه فقال قال اقوام ان شرط الواقف الولا(ية)
لنفسه كانت له وان لم يشترط لا تكون له ولاية يعني بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا
رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد وقد بيناه ولا يقال كيف يكون هذا قول محمد والتسليم
شرط عنده على ما بيناه لانا نقول هذا الايثار في التسليم لانه يمكن ان يسلمه اليه ثم ياخذه منه
وذكر في النهاية انه يحتمل ان يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى
قال ---- وينزع لو خائنا كالوصي وان شرط الا ينزع معناه ان الواقف لو شرط
الولاية لنفسه وكان هو غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعها منه ولو شرط الواقف ان
ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ونظير هذا الوصي اذا كان
غير مامون ينزع منه على ما بينا والله اعلم **فصل قال** ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى
يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلوة فيه واذا صلى واحد زال ملكه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به لانه ما دام حق العبد متعلقا به لم يتجرد
لله تعالى واما الصلوة فيه فلانه يشترط التسليم عند ابي حنيفة ومحمد فاذا تعذر لانعدام
تحقق المقصود قام مقامه او يشترط فيه تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه ولا يشترط

فيه

فيه قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عند ابي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان
المقصود من الوقف ان يتصدق بالغلة ويحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم
لا يجوز الا في الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به او حكم الحاكم في موضع الاجتهاد وكذا
سقط التسليم للقيم عند محمد لما ذكرنا ولا يجوز في المشاع عند ابي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا
للوقف عند الكل ثم يكتفى بصلوة واحد في رواية عن ابي حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر
فيشترط ادناه وعنهما انه يشترط الصلوة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان
كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه
باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا لان اداء الصلوة على هذا الوجه كالجماعة الا ترى ان
المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجي بعده ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وهذه
الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلوات فيها بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل
حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى المتولي نصبه ليقوم بمصالحه فالاصح انه يجوز لان المسجد
قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته
مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط
حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل واذا صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه
عنه وحرم بيعه فلا يورث وليس له الرجوع فيه لانه صار لله تعالى بقوله تعالى وان
المساجد لله ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة قال ---- ومن جعل مسجدا
تحته سرداب او فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله او اتخذ وسط داره مسجدا
واذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
فيه والمسجد لا يكون الا خالصا لله تعالى لما تلونا ومع بقاء حق العبد في اسفله او في
اعلاه او في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص كله اما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب
العلو حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل ان يحدث فيه شيئا من غير رضا صاحب
العلو واما اذا جعل العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل وليس له التصرف
من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان السرداب فيه ليس

بلا اذان

بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان عين مثله نقول بانه صار مسجدا واما اذا اتخذ وسط
داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه ان لا يكون
لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه
حتى ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه جاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل
اصل وهو تابد ولم يجز عكسه وعن محمد رحمه الله عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان
فوقه مستغل او مسكن بخلاف العكس وعن ابي يوسف انه اجاز الوجهين حين قدم بغداد
ورأى ضيق الاماكن وروي عن محمد مثله حين قدم الري وعن ابي يوسف ومحمد انه لو اتخذ وسط
داره مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق دخل
فيه الطريق ضرورة كما يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق
والانتفاع هو المقصود فيها ولو اتخذ ارضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث
عنه لتحرره لله تعالى بخلاف الوقف عند ابي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق
ما بيناه ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط الملك
فلا يعود الى ملكه كالاعتاق الا ترى ان المسجد الحرام استغني عنه اهله في زمن الفترة ولم يعد
الى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود الى ملكه او الى ورثته بعد موته لانه عينه لجهة
وقد انقطعت كالكفن اذا خرج يرجع الى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغني
عنها يرجع الى مالكه عند محمد وعن ابي يوسف ينتقل الى مسجد اخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر
اذا لم ينتفع بهما **قال** ومن بنى سقاية او خانا او رباطا او مقبرة لم يزل
ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله
اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد
منهم بنى على اصله من اشتراط حكم الحاكم او التسليم او مجرد القول على ما بيناه من قبل ولو سلم الى المتولي
صح على قول من يرى انه شرط ولو جعل ارضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع
في مثل هذه الاشياء بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية

والدفن

والدفن في المقبرة بخلاف الغلة حيث لا تجوز الا للفقراء لان الغني مستغن بماله عن الصدقة
ولا يستغني عما ذكرنا عادة وهي الفارقة لانه لا يمكنه ان يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا
اليه كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله وعلى هذا الوقف حتى لو وقف ارضا
ليصرف غلتها الى الحاج او الغزاة او طلبة العلم لا تصرف الى الغني منهم ذكره في المحيط في باب تسليم
الوقف وعلى هذا الوصية وان كان لابناء السبيل في اي بلد كان يستوي فيه الفقير والغني
لما ذكرنا من الفرق وروي في الخبر عن عثمان ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس فيها ما
يستعذب غير بئر رومة فقال من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له
منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن فاذا جاز
للواقف ان يشرب منه فما ظنك بغيره من الاغنياء **قال** وان جعل شيئا من
الطريق مسجدا صح كعكسه معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيئا من الطريق
في المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه
ارض لرجل تؤخذ ارضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام
اخذوا ارضين بكره من اصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد وقوله كعكسه اي كما جاز عكسه وهو
ما اذا جعل في المسجد ممر لتعارف اهل الامصار في الجوامع وجاز لكل واحد ان يمر فيه حتى الكافر
الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه وادخله فيه قال عليه الصلوة والسلام
لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه لان المنهي عنه هو
الشراء لا البيع وقال الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه ● والشيب ليس لبائعيه تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك **قال** وهو مبادلة المال بالمال من غير تقييد
بالتراضي وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وعقد جائز
ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع

وفي الخبر

وحرم الربا واما السنة فما روي انه عليه الصلوة والسلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون
فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك قال
ويلزم بايجاب وقبول وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلوة والسلام
المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا احدهما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان [illegible] ولنا
ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي
لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول
فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل اخر وفي لفظه
اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كسائر اسماء الفاعل
مثل المتحاربين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا
يغن الله كلا من سعته لانه اذا اطلقها على مال يحصل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف
هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع
ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه توجب التمام ولا
نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه
كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الارتداد تاويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون
حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك فينقطع الاحتمال
بيقين احتياطا للالتحاق مخالفة عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة
حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه الصلوة والسلام من ابتاع طعاما فلا
يبعه حتى يقبضه من غير قيد به واما قوله احدهما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا
ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع
كما سمى العصير خمرا واسمعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له
الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب
ان يرجع من هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا اقضى الاصيل الدين للكفيل
قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه

لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي الدين او يتم الحول والنصاب تام
فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ على التحقيق كبعت واشتريت او رضيت او
اعطيتك او اخذته بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداءهما وليس له ان
يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن اذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل
واحد عند ابي حنيفة وعندهما لو ذكر ان فصل الثمن بان قال بعتك هاذين كل واحد بكذا
او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على ان البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده
وعندهما بتفصيل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد وكذا ليس له ان يفرق في القبض
عند اتحاد العقد بان قبض البعض او ابراء او تاجيل قال
وينعقد اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم
الكرخي انه ينعقد به في شيء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها
والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من
الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي فقيل يتم بالدفع من الجانبين
واشار محمد انه يكتفي بتسليم المبيع قال واي قام عن المجلس
قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او
الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر
العقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى
لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا يبطل بالقيام وعند الشافعي خيار
القبول لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والفكر والقاطع
فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما
قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر
ولا يريد بكم العسر وقال عليه الصلوة والسلام يسروا ولا تعسروا قال
ولا بد من معرفة قدر ووصف في ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم
والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا قال

نة

لا مشارا اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة
ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز
لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال
الربوا بخلاف راس مال السلم حيث يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف
القدر عند ابي حنيفة على ما يجي بيانه في موضعه **قال** وصح بثمن حال
وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع
من غير فصل وعنه عليه الصلوة والسلام اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه
ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة **قال**
رحمه الله ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده
من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره
بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم
بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه **قال** وان اختلف النقود
فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سوا وفي المالية مختلفة لان مثل هذه
الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة
ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سوا جاز البيع كيف ما كان
غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سوا كالاحادي
والثنائي جاز لان ماليته كل واحد سوا غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين
منه درهم والثالث كل ثلثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري
والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فاعطى من ايها شا جاز لانه
لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية **قال** رحمه الله وبيع الطعام
كيلا وجزافا لان كل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما الجزاف فلما بينا
من المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه وان لم يكن راس مال السلم
على ما بيناه من المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع

ص

١٢٦

قال وباناء او لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع
وحجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد
الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شي لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم
لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى طول الاجل فيحتمل
هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض
ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في
قرب الما استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف وكذا اذا كان الحجر يتفتت
وكذا اذا باعه بوزن شي يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابي يوسف
لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان
يكون مميزا مشارا اليه ولو كال به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه
وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المسمى هو
المشار اليه **قال** ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند
ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى
معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبده اخي عبدين
على ان يأخذ ايهما شا بخلاف ما اذا اجر دارا كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد
لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فينصرف الى الاقل كما اذا قال
لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها طالق حيث
ينصرف الى الكل لعدم افضايه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد
غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب
برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد ومن
تكلم فان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت
له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كال في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل
تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت

فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما اذا اشتراه بما لم يعرف قدره وان افترقا قبل العلم
فسد فلا ينقلب صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب
العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فتقييد بالمجلس
قال ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم
او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل
لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما كما ان لهما ثم وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد
متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد
وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا
كل عددي متفاوت **قال** ولو سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملته
في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع
وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتاتى على قوله وعلى قولهما لا يتاتى لجوازه بدونها
قال ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبائع يعني لو باع
صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ
الموجود بحصته اي اخذ لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل
قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها بحصتها وان شاء
تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا
القدر المسمى فبقي على ملكه اذ القدر ليس بوصف **قال** ولو نقص ذراع
اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع معناه اذا باع مذروعا وسمى
جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء ترك
لما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن
مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير انه اذا وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات
وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف
لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما

اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول
والعرض ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال
ان يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون **قال** ولو قال كل ذراع
بكذا ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال
بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته
وان شاء تركه وان وجده زائدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا
يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو
وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته وثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه
ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير اليس
له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزايد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز
ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق
انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في البيع وان سمى
لكل ذراع ثمنا **قال** وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي يفسد بيع
عشرة اسهم وهذا اشكال فانه لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد
لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من
الثلثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشره او ثلثه ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اختصاره في الاختصار
ادى اليه وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار هو قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قوله فمنهم
من قال لا يجوز عنده للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهم
ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذراع فيعرف فلا يفضي الى المنازعة بخلاف
ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع
فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم
وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم

لاو

من دار او

كلم من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شايع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شيء من القطيع كل شاة بدينار فانه اذا علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال رحمه الله وان اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيودي الى النزاع قال ولو بين ثمن كل ثوب نقص صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا بقي الجهالة في المردود فيودي الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطا القبول في الموجود فكان فاسدا كما لو جمع بين حر وعبد وبين كل واحد منهما او باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جايز فكذا هذا بناء على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظ البيع والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا القبول في الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا القبول في الاخر وهو شرط فاسد تحققه ان الشيين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر فبالنظر الى وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة

في تسعة ونصف بخيار ومعناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف ياخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ياخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة ونصف ويخير فيهما لانه لما سمى كل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيتخير كيلا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف والعيد الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زايدا او انتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب بصرح القطع او تنقطع من جوانبه كالعمايم والقمصان والاقبية واما الثياب التي لا تنقطع جوانبها كالبطاين ونحوها فلا يسلم له الزيادة لانه اذا كان بتلك الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة الا لا يضره التبعيض فصل يدخل البنا والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي العرف بها وبالبنا تبعا لكونه متصلا بها اتصال القرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لانه يقلع للحطب والخشب ليبنى عليه والصغير ينقل من مكانه فصار كالزرع وقيل يدخلان فيه لانه ليس لهما حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الاخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال

ولا المفاتيح لانه في القياس لا يدخل الغلق الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له
فلم تدخل بقي على اصل القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع
اتصال قرار دخل في البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل
بالبناء دخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكر في الكافي وهذا في
عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند
ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتاحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع
بغير شرط للعرف الا ان يكون ثيابا معدة للبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف
اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان
الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن له حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع
على البائع بشيء وكذا اذا وجد به عيبا ليس له ان يرده ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها
بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف
يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرون البقر والجل حيث لا يدخل الا
بالشرط لعدم العرف الا ان يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وعلو الدكة وجحش الاتان
والعجول والحملان ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا **قال**
ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لانهما متصلان
بهما للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه الصلوة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمر للبائع
الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان
كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا
في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال **قال** ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع لان
الملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال
الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة ان
لا تقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة
التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا تقلع فيها لان الاجارة

للانتفاع موقتة بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى
انه لو اشترى ارضا لا يكون الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق
بين ما اذا كان للثمر وللزرع قيمة او لم يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا
يجوز في الحالين في الاصح فكذا لا يدخل بلا خلاف في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت
حتى باع الارض فلم يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها
لا يدخل لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال
في الحال بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال
في الحال وورق التوت والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في حكم الشرب والطريق
فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه
يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها
والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فانعكسا **قال**
ومن باع ثمرة قبل بدو صلاحها او قد بدا صلاحها صح لانه مال متقوم منتفع به في الحال او في المال وقيل لا
يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وهذا الخلاف ببيع الزرع قبل ان تناله المشافر
والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المال فصار كالاطفال والجحش **قال**
ويقطعها المشتري تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع **قال**
وان شرط تركها على النخل فسد اي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك
الغير او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة
في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا
بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد
وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط
فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع
طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد

ما تناهى عظمها لم تتصدق بشيء لأن هذا يفيد احوال فان الشمس تنضجه وباخذ اللون من القمر
والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استاجر النخيل الى وقت الادراك
فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف
ما اذا استاجر الارض اي اذ يدركه وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم
من اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر
قبل القبض فسد البيع لعجز عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول
قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول
لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء الحاجة من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري
الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود اكثر بحاصله ان لهذه المسألة ثلاث صور
احدها اذا خرج الثمار كلها فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها انه لا يخرج شيء منه فانه
لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز
اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس
الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة
هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بيناه او يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي
الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما
بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه الصلوة
والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال
ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره اي استثنى من الثمار المبيعة
المجذوذة او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا في قشره اما الاول
فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو
عن الفائدة او يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة

لأن

اشترى الزرع وحجر

صح

الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري تبعا له وقال الحسن الائمة

لو

لان المبيع معلوم بالاشارة وبهذا قد تبين جواز البيع في المشار اليه على ما بيناه من قبل
الا ترى ان بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما يبقى
بعد المستثنى ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا
وبيع ارطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع
فانه يجوز استثناؤها ولو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها
وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا
الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح ثم الكلام وصار معتبرا ولا يكون رجوعا
ولو خرج الكل به لكن الطريق لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة
او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا حتى اخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون
رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح
هذا الكلام ويلغوا ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال
بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه مال
متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه
مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في
الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة
الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا تبن لانه
ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب
المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن
بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى لو جد بين
الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمر
فبم يستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل
ولو اجري على الاطلاق كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا
من غير قيد بالقطع ولو كان كما قاله لقال حين يحصد قال واجرة الكيل

على البائع مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان الكيل
والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم
المبيع على البائع فكذا اتمامه قال واجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري
لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب
عليه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج
اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البائع
لان النقد يكون بعد التسليم والوزن لمعرفة المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته
عليه وبالاول كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله وروي عن محمد ان اجرة النقد على رب الدين
بعد القبض وقبله على المدين لان المدين ابا حقه فيكون اجرة التمييز عليه وبعد القبض دخل
في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال
ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة وحق المشتري
قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن
لا يتعين الا بالقبض وصورته هذا ان يقال للبائع احضر المبيع ليعلم انه قائم فاذا احضر
قيل للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم
الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال
والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما في التعيين او في عدم التعيين
وذلك لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط قال رحمه الله

صح للمتبايعين او لاحدهما ثلاثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة
ايام فما دونه لقوله عليه الصلوة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال ولو اكثر اي لو شرط
اكثر من ثلاثة ايام لا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه شرط الخيار
مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر

على

على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك
يتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهرين فيحتمل ان
يكون خيار الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال
فان اجاز من الثلث جاز خلافا لزفر وهو يقول العقد فاسد فلا يعود صحيحا كالنكاح
بغير شهود ولنا ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس
وهذا عند مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف
الشرط ولان المفسد اتصاله باليوم الرابع بتلك المدة فاذا حذف قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال
المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ اهل خراسان
فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب
صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته
وهذا الوجه اوجه قال ولو باع على انه لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح
والى اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر وقال زفر
لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط عدم النقد ولو
شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه
نزل النقد جعله امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط يحتاج اليه لدفع المماطلة كما
ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع الغبن غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك
يتم وذلك لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ واجازة على تقدير والاختلاف فيما
يقع به الفسخ والاجازة فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد مر على اصليهما في الزيادة على الثلاثة
في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار
اخذ بالنص ثم هذا وبالاثر في تلك قال فان نقد في الثلاث صح يعني فيما اذا
شرطا اكثر من ثلاثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسألة على وجوه اما ان
لم يبينا الوقت او بينا وقتا مجهولا بان يقول على انه ان لم ينقده ايام او بينا معلوما وهو اكثر من
ثلاثة ايام ففي هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد في الثلاث لما قلنا او بينا وقتا معلوما

يتخير في الايام الثلاثة من الفسخ والامضاء غير انه

على تقدير

وهو ثلثة ايام او دونها فانه يجوز لما بينا قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضى مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البايع ويملك
التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البايع قال رحمه الله وان قبض
المشتري يهلك بقيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا
في يده على سوم الشرا وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شي على البايع كما في البيع الصحيح
المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبايع ان يلزمه البيع ان شا وان شا فسخ البيع وضمنه النقصان
لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزايه كالمغصوب
ولو تعيب في يد البايع فهو على خياره لان ما انتقض بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير
ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا فسخ كما في البيع المطلق وان كان العيب بفعل البايع ينتقض البيع
فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن قال
وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع ولا يملكه المشتري لان البيع
من جهة البايع لازم ولان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الاخر وانما لم يملكه المشتري
كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البايع
ولم يدخل في ملك المشتري لكان زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولهما ان الثمن لم يخرج عن
ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد
العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع نظرا له ليتفكر فيه هل هو موافق له ام لا
فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز
ان يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في
ملك احد عند الشرا للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين يخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك
الورثة ولا يقال على تكون سايبة وهي منهي عنها لانا نقول الحال موقوف ان اجيز البيع يستند
الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوايد وان فسخ تبين انه غير زايل
عن ملكه فكيف يكون من السايبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال
وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد

بالعيب

بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه
والا لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمتنع الرد على البايع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك
لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع
لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف
على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه
بالقيمة ضرورة قال ولو اشترى زوجته بالخيار لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لان
خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال فان وطيها له ان
يردها لان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشرا الا اذا نقصها لانها تتعيب
به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان
يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فيكون الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى
غير زوجته فوطيها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظاير منها عتق العبد المشترى
على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو
حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشي في تلك الحالة فيتحقق تصحيح الجزا لا غير حتى لا يجزيه
عن الكفارة اذا نواه بخلاف شرا القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت
عند المشتري بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبرا لعدم الملك وعندهما يجتزى به لوجوده ولو وجب
الى البايع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبرا لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب اذا
رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبرا استحسانا كما لو كان
البيع باتا ثم تفاسخا بالاقالة او غيره فانه يجب قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي
الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحة وقد ولدت منه او حبلى منه لا تصير ام ولد
له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البايع وان قبضها
المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد
التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من
غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع كما ذكرنا ومنها ما اذا قبض

الاستبرا بعد القبض صح

المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البايع عنده لان قبضه
يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل
الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية والعيب والفرق
له ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع
في ملك شخص واحد العوض والمعوض انهما لا يمنعان وقوع الملك للمشتري فيكون الايداع صحيحا
بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا له في التجارة فابراه البايع من الثمن
في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والماذون له يملك الرد وان كان
التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان
الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان خيار رؤية او عيب في البيع
البات فابراه البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انهما لا يمنعان
الوقوع في الملك على ما بيناه وذكر في المحيط انه لا يملك الابراء عن الثمن عند ابي يوسف لانه لم يملكه لان
خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس وفي وجه الاستحسان انه ابرا بعد وجود
سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل
الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فباسقاط الخيار
وهو مسلم ولو اسلم البايع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع وان ردها المشتري عادت الى ملك
البايع لان العقد من جانب البايع بات فاذا اجاز صار له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم من اهل
ان يملك الخمر حكما كما في الارث ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان البيع لا يخرج والمسلم لا يقدر
ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد والبايع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات
فان اجاز العقد صار له لان المسلم من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا
اسلم احدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان
باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف
فلا يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم

بالقبض

بالقبض بخلاف ما اذا كان لشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار
فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار وقبضه
ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع
ينتقض في قولهم جميعا وان الخيار للمشتري فاحرم البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى
دارا هو ساكنها باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار
لانه ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف
الاستمرار قال وان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه جاز وان فسخ لا وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا
له على الفسخ على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله بشهوة
وكالاجازة فان علم الآخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط رضاه فكان كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ
يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطي
والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب
لسلعته مشتريا ثانيا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد الماذون له في التصرف
وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق
له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر
العبد الماذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وجنونه مطبقا ولا نسلم
انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما الفسخ لكون
العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكالة بحيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل
لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت
المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ
رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد
عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه
بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال وتم العقد بموته ومضي المدة ولا

وتوابعه والاخذ بالشفعة يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة **اما الاول** وهو موت من له الخيار فلان
الخيار يعني به يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع
فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين **ولنا** ان الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما
قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان المورث
استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه يورث خيارا وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فالمورث
اذ يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت
المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتدا لاختلاط ملكه بملك الغير
لا ان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم **واما الثاني** وهو ما اذا مضت مدة الخيار
فلانه بمضيها يبطل خياره اذا لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخير في وقت متى مضى لم يبق
له الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع **واما الثالث**
وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستيفا لانها تعتمد الملك والمراد
بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذا كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة
يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري
ووجد منه شي من هذه الاشيا وان كان الخيار للبايع وفعل شيا من هذه الاشيا في المدة انفسخ
البيع لما ذكرنا انه دليل الاستيفا ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام
والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستيفا ولو كان الفعل
يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا
يكون دليل استيفا **واما الرابع** وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط
الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فياخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها
لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلازم
على الدوام فكان اخذه بها دليل الاستيفا فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك
فيها من وقت الشرا فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف فيها فكان
اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج

اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير
لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار
الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها به لانه لا يسقط بالصريح
فكذا بالدلالة **قال** ولو شرط الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح اي اجاز
المشتري او من شرط الخيار له او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس
لان الخيار من موجب العقد ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على
غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد **ولنا** ان اشتراط الخيار
لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته
بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نايبا عن نفسه اقتضا
تصحيحا للتصرف وزفر لا يقول بالاقتضا ولا بالاستحسان فاذا كانا نايبا عنه يكون لكل واحد منهما
الخيار فايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة **قال**
فان اجاز احدهما او نقض الاخر فالاسبق احق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر
بعده يلغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد
انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد احد المتعاقدين بفسخه **قال** وان
كانا معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة
من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف
المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النايب يستفيد الولاية منه فلا يصلح
ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك ذلك
صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النايب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة
التصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث
يقع عليها طلاق احدهما غير عين ولا يقدم تصرف الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر
فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه فلذا عتق في عينه الاطلاق فكان الصادر عن الوكيل
صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح

ان المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف ونفذ العمل بهما لاستحالة
فوجب الترجيح بخلاف التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار
كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون
العكس ولا يقال المجاز يلحق الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك
في يد المشتري قبل التسليم لان البايع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار
للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبايع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا
لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا
يرد علينا وقيل ما ذكر في الماذون قول ابي يوسف لانه لا تقدم تصرف المالك بل يستويان
عنده وما ذكر في البيوع قول محمد لانه تقدم تصرف المالك على تصرف النايب عنده واستخرج ذلك
مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك لتقدمه بالتصرف
المالك وعند ابي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقدم
المتصرف بالملك عنده وثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال
ولو باع عبدين على انه بالخيار في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان فصل ثمن كل واحد
منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ
الجهالة المبيع والثمن مفسد للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني ان لا يبين احدهما
والثالث ان يبين الثمن دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن
او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في الاولى لانتفاء الجهالة عنها • فان قيل لا يخلو اما ان يجعل
المستثنى داخلا في العقد او لا فان جعلتموه داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل
اذ ليس بيان كل جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعلتموه غير داخل فيه
وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانكم جعلتم قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد
في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد وشاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بينهما • قلنا

هو داخل صيغة غير داخل حكما فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن
حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع ذلك
ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم
لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على
انه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن او لم يفصل لان النصف من الشي الواحد لا يتفاوت
ولا فرق بين ان يكون الخيار للبايع او للمشتري قال وصح خيار التعيين
فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين والثوبين على ان يا خذ ايهما شا او يبيع احد
الثلاثة على ان يا خذ ايها شا ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعي لا يجوز
هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع للحاجة الى دفع الغبن ليختار
ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار
من يثق بوايه او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان لا يبقى
الامانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعين من له الخيار
فلا يمنع الجواز غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلثة لوجود الجيد والاوسط والردي فيها ولا حاجة
الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدها
ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير قال شمس الايمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره
على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى هذا قول القايل اذا لم يشترط
خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان
هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ها هنا يعني
في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يا خذ ايهما شا بعشرة دراهم وهو بالخيار
ثلثة ايام ووضعه كذا في الماذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان يا خذ ايهما شا ولم يذكر
الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلثة فما دونها عند
ابي حنيفة ومدة معلومة ايتها كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يابى جواز

فاذا كان داخلا من وجه دون وجه تنظر فان كان معلوما اعتبرنا داخلا
صح

هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثلثة
له خيار الشرط مع خيار التعيين فاردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين
كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد
احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث
فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فان
التوقيت فيه لتفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما
قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فايدة لشرط ذلك والذي يغلب
على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبايع اختلف المشايخ فيه فذكر
الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في الزيادات ووجهه انه خيار يجوز
اشتراطه للمشتري فكذا للبايع قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة
مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبايع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما
او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد
احدهما والاخر لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان
امانة في يده وتعين الباقي للامانة كما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه او اعتق احدى
عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك
لم يخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك
لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك
عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا
في بقاء المحلية قبل الموت وعيدانه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو
للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت
عندانه لا يعجز عنه فيبقى مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت
وهو الانفصال بجملة فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه
نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا والامانة

ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول
منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله
وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما
وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال
ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار
لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده
وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما
لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر
خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر ولان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على
انفراده فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البايع وفي
رد احدهما نصيبه اضرارا بالبايع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده
احدهما لرده معيبا به اذ هو عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق
المهاياة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد
وقوله يلحقه به ضرر قلنا هو الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد
وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبايع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البايع
اولى ولا يقال البايع رضي بالتبعيض حيث باع منهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك
نفسه فلا بد له على الرضى به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد
بها عيبا ليس له ان يردها على البايع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه
ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث
في يد البايع قال ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه
اخذه بالثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب
التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا او كذا رطلا حيث
يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك

حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا تفسد لانه
وصف ولو قال يخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا تفسد لما ذكرنا وشرطه ان تقدر على الكتابة
والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم
فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي
عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه
من غيره ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم يرده
عليه لانه لم يتحقق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض
فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل
موضع ثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف لفسد على ما بيناه في البيع الفا

باب خيار الرؤية

قال ـــــ شرا ما لم يره جائز وله ان يرده اذا راه وان رضي قبله وقال الشافعي
لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذا لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه او هو معدوم
لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين
مرأى للمشتري قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة
فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد
بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا
رسول الله ان الرجل يطلب سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها
فاسلمها اليه فقال عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة
له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غايبة وكان المشتري راها جاز فبطل
زعمه طردا وعكسا قوله وان رضي قبله معناه قبله اي له الخيار اذا راه وان كان
رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضى بالشيء قبل العلم باوصافه
لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه

عقد غير لازم فيتفسخ لذلك لا بموجب الخيار والله تعالى اعلم قال ـــــ ولا خيار
لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا
انتفى رضا احدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الاخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم
باوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا
بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال ـــــ الشافعي لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا
ولنا للرجوع اليه ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت
فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما
بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان
اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية
انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيرا مما راى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده
البائع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو
سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار قال ـــــ ويبطل بما يبطل به خيار الشرط اي يبطل
خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية واما قبله فلا
يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا
راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة
لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يكون له الخيار
والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي
ان لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة والثابت بال
الضرورة يزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في
جميع عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكر محمد في الاصل
لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع ان جهالة الوصف
ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف
لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو

التصريح بها او التعيب والتصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او توجب حقا للغير كالبيع
المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات
قبل الرؤية يسقط بها الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا تبطله قبل الرؤية لانه لا يفوق
صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية يبطل
خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار
للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى
ارضا فاذن للاكار ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله والله تعالى اعلم
قال ـــــ وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي
وداخل الدار لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه
الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل في المبيع اشياء فان كان
لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان
العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون
له الخيار فيه وفيما راى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كانت آحاده
يتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من افراده
لان برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت
آحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة
والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي
لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع
العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفى برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشره كله لانه ليس من ذوات
الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا ـــ قل ما يتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال
بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر
الجسد تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعن محمد
رحمه الله رؤية الوجه كاف كالآدمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه به يظهر السمن والهزال لا يعرف

كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم
لا بد من الشم وفي دفوف الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه
فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤية خارج الدار كرؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقي
وفي عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من
رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها
ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى
الخارج او الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكر في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة في
ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم يختلف الا في الكبر والصغر وفي كونها جديدة
او عتيقة ويظهر ذلك برؤية بعضها فافتوا بذلك واما اليوم فبخلافه فلا يكتفى به ورؤية
اشجار البستان يكتفى بها لوقوع العلم به ولو راى دهنا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في
المروي عن ابي حنيفة ومحمد وعن محمد انه يبطل **قال** ـــ ونظر وكيله بالقبض كنظره
لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه
لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط فانه
لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا
ثم اسقط الخيار بعده وكان رآه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا
ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالقبض وانابه مناب نفسه فيه والقبض على نوعين قبض
تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا فالخيار
باق على حاله حتى يراه ولا يتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا
بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة وكذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه
كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بان كان بعده قصدا او قبله بالرؤية لا يملكه احد لم
يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه
وبخلاف خيار الشرط لانه لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام فكذا القبض الوكيل

بخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان
رسولا في الشراء والبيع والفرق بين الوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض
وفي الارسال كن رسولا عني او امرتك بقبضه ويقول له وتطوع وكله بالقبض احترازا عن الوكيل بالشرا
فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فقبله بالقبض لانه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان
نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقا سوا كان الرسول بالقبض او بالشرا **قال** ـــــــ
وبيع عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه اما
صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير واما سقوط خياره بما ذكرنا فلان هذه الاشيا تفيد
العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير وقوله يسقط خياره بجس المبيع الى اخره محمول على ما
اذا وجد الجس منه قبل الشرا واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق
الروايات لما بينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح على ما بينا واكتفى
بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام الرؤية في حق البصير
كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذا في حقه وعن ابي يوسف انه اشترط
مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لراه منه لان التشبيه يقام مقام الحقيقة عند العجز
كتحريك الشفتين اقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجرا الموسى على راس المحرم بالحج
او العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة
رضي الله عنه لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس
الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار
له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو
اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به **قال** ـــــــ
ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر
للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما رويناه وليس له ان يرده وحده لنهيه عليه الصلاة
والسلام عن تفريق الصفقة ويردهما جميعا صفوانه ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لا يراه ومن
منع الفسخ فيه وحده ابطالا له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول

اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عملا بموجبه وفيه جمع بين
الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي راه بالثاني اما ان الصفقة لا تتم مع
خيار الرؤية قبل القبض وبعده فلان خلاف الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم
رضا الاخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض
اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع
تمام الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد
العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد وتحققه ان خيار العيب يثبت
لفوات بعض اوصاف المبيع وفوات بعض المبيع بنفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى
يملك التصرف فيه فهذا اولى ثم التفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذا لم يبق بعد تمامه
الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ بعد القبض بل ينفسخ بقضا القاضي او بالتراضي
ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية ولصار نظير القبول في الانفراد به
كما صار نظيره فيه **قال** ـــــــ ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية
كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار يثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له
ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا **قال** ـــــــ ومن اشترى ما راى
خيار ان تغير والا فلا اي ان تغير تخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به
ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان راه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم
رضاه لان الرضا دون العلم بالاوصاف لا يتصور وانما يتخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع
معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه لم يره اذا كان الاصل بقا ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد
ظهر فلا يصدق دعواه التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى
ان الجارية الشابة تكون عجوزة بطول الزمان **قال** ـــــــ رحمه الله والمشتري
لو في الرؤية اي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري منكر
فيكون القول له مع يمينه **قال** ـــــــ ولو اشترى عدلا وباع ثوبا او وهب رد بعيب
لا بخيار رؤية او اشتراط ان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكن ان يرد الباقي بخيار الرؤية

حـ ای نظیر القبول فی الانفراد

والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانها تمنع
تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفي وضع
المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق
الصفقة كذا ذكر شمس الائمة رحمه الله عن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار
كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده المديون ممن له الدين او قبله
الجاني من ولي الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعود الدين عند ابي يوسف خلافا
لمحمد والعذر لابي يوسف ان خيار الرؤية اضعف منهما والله تعالى اعلم بالصواب

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة **قال** من وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن
او رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحا
لكونها مطلوبة عادة فعند فوتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب
فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلافه ولكون السلامة
كالمشروطة في العقد لا يحل له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لمسلم
باع من اخيه بيعا وفيه عيب بينه له رواه ابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما
فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه الصلوة والسلام
كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم
اشترى منه عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجة والترمذي
فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من
الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا يكون لها حصة من الثمن ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به والمشتري يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالرد فلا يتعين اخذه (...) مع اجالة بخلاف ما اذا صارت مقصودة
بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البايع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن حصته
اذا اختار الاخذ لان الاوصاف تكون لها حصة بالاتلاف والمراد به عيب كان عند البايع وقبض
المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب
قال وما اوجب نقصان الثمن عند التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان

المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قال**
كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم ثم اذا وجد شيء من هذه
الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده
بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف
سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والاباق قبل البلوغ
لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منها
عند البايع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ
ولو وجد عند البايع قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا قبل البلوغ يرده به وكذا بعده لاتحاد
السبب وكذا اذا وجد عند البايع بعد البلوغ وعند المشتري بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة
لا تختلف بين ان تكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان
التقصير جاء من المولى حيث احوجه اليه وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يأتمنه
في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب بيتا يكون
عيبا وان لم ياخذ وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق انه ابق من المولى او ممن
كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او الى غيره ان لم يعرف
منزله او لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة
كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا
قال والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب
وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد
البايع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا يشترط المعاودة
عند المشتري بل اذا ثبت انه كان يجن عند البايع يرده وان لم يعاوده في يد المشتري
لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من
المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق
عيب وما دونه لا يكون عيبا **قال** والبخر والدفر والزنا والولد من الجارية

يعني هذه الاربعة يكون عيبا في الجارية دون الغلام يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش
وطلب الولد في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشيا لا تخل به لانه يستخدم من بعد
وكونه ادفرا او ابخرا او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان يكون فاحشا بحيث يمنع القرب
من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من الدفر والبخر يكون من دا وهو عيب واتباع
النسا يشغله عن الخدمة ويكون بان تكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من
المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي
لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البايع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده لحوق
العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت عنده ثم وجدها واخبرها
مستحق يبيعه فعيب الاباق لازم لها ابدا وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته
فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها
عليه من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه الله الزنا
في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا كثر منه
بخلاف السرقة فان المولى تشق عليه حفظ ماله عنه وكذا حمله اغلظ وهو قطع اليد من حد الزنا
وهو الجلد **قال** والكفر يعني في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر
عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فيختل الرغبة فيه ولو اشتراه
على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف
المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرناه
قال وعدم الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم
امارة الدا وهذا لان الحيض ~~وكذا~~ حملته مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انه
لدا فيها فذلك الدا هو العيب وكذا الاستحاضة لدا فيها ولا يسمع دعواه بانها ارتفع الا اذا ذكر
سببه وهو الدا والحبل فان لم يذكر احدهما لا يسمع دعواه والمعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ
وهي سبع عشر سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرف غيرها ويستحلف
البايع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي

يوسف رحمه الله ترد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى لا يملك المشتري الرد
بلا قضا ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا تقبل قول
الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المديدة
يسمع واقلها ثلثة اشهر عند ابي حنيفة وزفر وانما سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاع
واحسن دعواه على ما ذكرنا سال القاضي البايع فان اقر بما ادعاه المشتري ردها على البايع
وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجي ان شاء الله وان اقر بقيامه
في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف بري وان نكل رد عليه وان اقام المشتري البينة
على ان الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن
القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان استحاضة دوور الدم فيطلع عليه وذكر
في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي ان المرجع في الحبل الى قول النسا وفي الدا الى قول الاطبا واشترط
لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول
امراة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب
بقول المولى يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا بد له بعيب حادث عنده وانما يرد
بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين **قال** والسعال القديم لانه
دوامه يدل على الدا فتنتقص بسببه قيمته **قال** والدين لان مالية يكون
مشغولا به ويتقدم الغرما على المولى **قال** فلو حدث اخر عنده
المشتري عيب او رجع بنقصانه او رد برضا بايعه اي لو حدث عند المشتري عيب ثم اطلع
على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا البايع لان بالرد
اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما
فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخير المشتري
حينيذ ان شا رده وان شا رضي به وليس له ان يرجع بالنقصان بعد ما رضي البايع بالرد لزوال
الموجب لذلك وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث
يرجع عليه بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا

عند ابي يوسف والاربعة اثنا عشر

يلزم الرد فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فيسقط باسقاطه وهنا امتنع لحق
البايع ولا يقال ان الاوصاف لا تقابلها شي من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول
اذا صارت مقصودة تقابلها وتصير مقصودة باحد امرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع
البايع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد
لحقه او لحق الشارع بان نقص او زاد ولان الجزء الفايت امتنع الرد لحقه صار حقا للمشتري بالعقد
ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر
عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن وصار له
حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي بالضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه
بغيره وطريق معرفته بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة
مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه
نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار راد الكل المبيع
فيرجع عليه بكل الثمن   اذ حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا
يتضرر به البايع وبعدما تعيب عنده لو رد لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب
الحادث عنده ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع عليه
بحصته من الثمن فلا يصار الى الحاق لو رضي البايع باخذ المبيع بعينه فقد التزم الضرر
باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشي على البايع اذا رضي
باخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لان البايع دلس
عليه وصار مغرورا من جهته فترجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك معصية منه
والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا تسقط
عصمة صبغه قال ـــ ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب
لان القطع عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف
ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد معاه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله والعذر له ان النحر افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا

لا ينقطع

لا ينقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا او
طعاما فقتله او اكله قال ـــ وان قتله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع للزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع
لحق الشرع على ما بينا قال ـــ قال وان باعه المشتري لم يرجع بشي لانه صار
حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما
اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد
قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال ـــ
فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه
بعد روية العيب يعني باعه في هذه الصورة انما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة
اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن
لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان
فسخا ولو اخذه لكان ربا ايضا وقد بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تاثير للبيع
للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف
ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية
ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان
متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة ايضا
نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ
فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده
بدون الزيادة لانه يودي الى الربو لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن يبقى الزيادة
في يده بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه
لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد
من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يبيع الكسب الكاسب في الحربية والكتابة
والتدبير والاستيلاد حتى لا يكون اكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري ان يكون

مجانا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه الصلوة والسلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية
ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال
النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجة فاذا ثبت هذا فنقول
ان كل موضع يكون المبيع قايما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فاخراجه عن ملكه
يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه ولا يمكنه الرد وان
رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج
بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه
ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع
الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت
الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم
فلا يمنع الرجوع بالنقصان **قال** او مات العبد او اعتقه اي الخياطة
ونحوها لا يمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت
العبد واعتاقه اما الموت فانما لا يمنع فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوان يثبت
باعتبارها فينتهي بانتهايها وامتناع رده على البايع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع
الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان
اعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس
فيه ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي لان امتناع الرد
بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق ازالة الملك لان الملك في الادمي يثبت على
منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل
كان الملك باق وتعذر رده ولهذا يثبت الولاء له بالعتق وهو من اثار الملك فيصاف
كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة
ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة

انه

ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء انه يرجع لانه ازالة الملك وان كان بعوض ولان العوض
والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها
كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق العبد
المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف
ما دام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب
اباه او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع
بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب
يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا
ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد
قال رحمه الله فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله
او بعضه لم يرجع بشيء اما العتق على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله
وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار مستفيدا بهذا الملك حيث
دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان معنى الا ترى انه لو لم يكن ملكا له لوجب
عليه ضمانه وعن ابي يوسف انه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم
دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون ازالة للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف
ما اذا صبغ الثوب او فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله
لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قايم على حاله
ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق
واما اكل الطعام فالمذكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو
قولهما لانه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه
الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه
ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تاثير له فيه الا ترى ان
البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد متى

امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان
ومتى امتنع لا من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية او انتقص او ازداد زيادة
مانعة من الرد او الاعتاق او توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان
وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي لان الطعام ولا ان يرجع
بنقصانه لانه كشيء واحد فلا يرد بعضه دون البعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع
بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد فيتعيب بالتبعيض
والاكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل
لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في الزوال
عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان
الباقي **قال** ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا فوجده فاسدا ينتفع به
رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع لانه اسقط حقه
وقال الشافعي اذا كسره بقدر ما لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع
سلطه عليه فكانه فعله بنفسه قلنا وهي تكسر في ملك المشتري لا في ملك نفسه
فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بيناه من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه
ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه **قال**
والا بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا وهذا
يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان
لقشره قيمة بان كان في موضع لو قد غمه بقشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة
اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر
ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل
البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا
بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه صار به اكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف
الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسر من غير علم به ولو كسر بعد العلم لا يرده ولا يرجع بالنقصان

لانه كسره بعد العلم به دليل الرضى وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب
شيء بالكلية لبعض الفقراء او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا ان بيض النعامة
اذا وجد فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما
ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد
عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد او الاثنان في كل مائة فليس له ان يخاصم البائع
بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصته
الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته
وقيل العقد لا يجوز في الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من قواعدهم
قال رحمه الله ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا
لا اي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء
لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي
لا يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده للتيقن به عند البيع
الاول والاصح انه لا يرد عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية
لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد
بعد القبض وان كان قبله فله ان يرد على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع
المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على
ما بيناه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة
والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس
له ان يرده على بائعه لانه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض
عنده وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضاء
القاضي ببينة او باقرار او بنكول لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد يرد على بائعه ان
رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا
شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار او نكول

لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بايعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي
وهذا لان القاضي مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب
الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح الآلة كما في القتل فانه يمكنه
ان ياخذه ويضرب به واما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق
لانه لو فعلها بكلامه والمكره لا يصلح الا ان يكون آلة فيه اذ لا يقدر ان يتكلم بلسان
غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو
النكول والاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بايعه قلنا المسلم حقوق
فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول فرده عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله
بل بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ
العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرج عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا
رد عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان البيع ثمه واحد وقد فسخ والموجب
هنا بيعان فينفسخ احدهما لا ينفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ
في حق الكافة على ما بينا ولا نقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به
في الشفعة وكان للبايع ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده
فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لانفساخ العقد من الاصل
فكانه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهو ثبوت حق
الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع او بالحوالة
فلا يسقط الفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام
لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول
القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل
كان لم يكن جعل الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم
العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه
فيتمكن من هذه الدعوى ودوره متناقض من هذا الوجه ولكن نقال يجعل كانه لم يكن في حق

المستقبل

المستقبل دون الماضي **قال** ويقبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم
يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بايعه اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد
دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ منه
الثمن فربما يثبت المشتري العيب فيسترد من البايع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه
نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث
انكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه
بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب
وكيفية اثباته ان يقيم البينة اولا ان العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده اي عند المشتري
لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده بالعيب وان كان به عند البايع لاحتمال انه
زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان
به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت انه كان فيه عند
البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع وصورة التحليف ان يحلف
البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عنده وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده
اي عند المشتري لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة عند قيام العيب
في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلف
المشتري فعلى قول ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف ولان
الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف برئ وان
نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ
وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة واختلف
المشايخ على قول ابي حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح
لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد
قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتيب البينة ترتيب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة
وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد

من الدعوى الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المحققة
لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل ينشئها لانه اذا نكل يثبت
قيام العيب به في الحال ثم ينشئ خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن عنده على ما بينا
ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي بطلب الشفعة فان
القاضي يسئل المدعى عليه عن التي يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع ام لا
وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان نكل يثبت
انها ملكه ثم تنشأ خصومة اخرى فان القاضي يسئله هل ابتاع ام لا وهذا التحليف لانشاء
الخصومة ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافا **قال** وان قال شهودي
بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البائع فان
حلف دفع الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في دفع الثمن اليه كثير ضرر على
المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم
العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية
التحليف على ما بيناه **قال** فاذا ادعى اباقا لم يحلف بايعه حتى يبرهن
المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان
العبد الذي اشتراه ابق فانكر البائع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري
بينة انه ابق عنده نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري
ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه انفا
وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط او بالله
ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل
انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى
في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول
بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب
لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه

وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتناول اليمين عند قيامه في احدى الحالتين
وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم
لان البائع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان المودع
لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض
فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف
على العلم ان لو ادعى انه لا علم له وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة
عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة والناقصة فان القاضي
يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشتري
واثبته بطريقه ثم اعلم ان العيوب انواع احدها ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه على ما ذكرنا
والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقول الاطباء فيقبل
في قيام العيب للحال لتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع
فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا يعرفها الا النساء كالرتق والعفل فيقبل
في قيامه للحال قول امراة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف
البائع وان كان قبله فكذا عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير تحليف البائع
والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه
فحكمها ما ذكرناه **قال** والقول في قدر المقبوض للقابض لانه هو المنكر
حتى اذا رد المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره
وقال المشتري بعتنيه وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان
او ضمينا كالغاصب والمودع ولان البائع يدعي سقوط بعض الثمن عن ذمته وهو حصة الاخر
والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
لما بينا **قال** ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باحدهما
عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بل ياخذهما او يردهما لان في
اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق قبل القبض

كالتفريق من القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه يفيد ملك التصرف وموكدا لملك الرقبة
وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها
في حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكل فلا تقبل التجزي في الاتمام
الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه فكذا
تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزي في هذا المعنى ولو
قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر ليس له ان يرده وحده لان فيه تفريق
الصفقة وتتضرر البايع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار
الشرط والروية **قلنا** ان تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب
لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع التفريق
فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي
لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار
الشرط والروية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البايع
من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري وكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر
في المختلفات ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر كما لو وجده عيبا
بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا منع التفرق
بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان فكل واحد
منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي الخف ومصراعي
الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور
فوجد باحدهما عيبا بعد القبض وقد كان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده
قال ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان
عيبا وكله من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا
وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع
والانضمام اذ الحبة الواحدة لا تتقوم حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار
الاجماع

١٢٩

الاجماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل
روية بعضه كروية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان ياخذ البعض سواء
كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا
ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين كان بمنزلة عبدين
حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده **قال** ولو استحق بعضه
لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض المكيل او الموزون لم يخير في رد الباقي ولو
استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض
لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا
المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان
وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل والموزون قبل
القبض فله ان يرد ما بقي لتفريق الصفقة على المشتري قبل التمام **قال**
واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن
والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختيار
الملك فيه فان الاختيار هناك شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو بطل
اختيار الاختبار لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليطلب
له راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل الا في الملك جعل ممسكا
لوجود دليل الامساك والرضا **قال** رحمه الله لا الركوب للسقي او للرد او لشرا
العلف اي لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البايع او ليشتري لها العلف رضا بالعيب
وهذا استحسان لانه يحتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في
حاجة نفسه وقيل تاويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد ولا ينساق
ولا ينقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة
قال ولو قطع المقبوض لسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى
عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة

وقالا رحمهما الله ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر انه قطع بسبب كان
عنده لكن القطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فيتعذر الرد ويتعين الرجوع
بالنقصان كما اذا اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا
هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب القطع وانه لا ينافي المالية فنفذ البيع فيه لكنه متعيب
وقد حدث ثم عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان
يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد
في يد البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية ولهذا ينفذ البيع صحيحا
ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة ان سبب الوجوب
وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا
قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن سماعة عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية
حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلاف قلنا انا نمنع
ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البايع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة
السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه
فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع
الا ترى انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري
لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل عند
البايع لان النفس هناك مستحقة في يد البايع فينتقض قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار
المشتري ان يمسك العبد رجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البايع كالاستحقاق في الكل فيمتنع
الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان
يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع
لا يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البايع للعيب الحادث
عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد البايع وان
رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري

فلا

١٢١

فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير ثم قتل يرجع الباعة بعضهم على البعض
عند ابي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بايعه بالنقصان وهو لا يرجع على بايعه واصل
الخلاف ان القطع او القتل بالسبب كان في البايع استحقاق عنده فيرجع وفيه يرجع الباعة
بعضهم على البعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من ثم بفوت الرد بالبيع وهو الاخير
على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف
تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل او القطع فانه لا يبطل حقه عنده لان
العلم بالعيب جار ثم وفيما اذا عتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشيء
لعدم فوات المالية وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ويقال ينتقض قول ابي حنيفة
بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البايع ثم باعه ومات عند المشتري به
وبما اذا زنى عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا
بالنقصان عنده مثل قولهما او مات بسبب عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع عند البايع
مات بزيادة الالام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد يوجب الجلد
والقتل وغيره فلا يواخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم **قال**
ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا بعدها العيب وقال الشافعي لا يصح الا ان يعد العيوب
وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على ان الابراء عن
الحقوق المجهولة لا تصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط
وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن
ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين ابي
حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في موضع المال
منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري ذلك الموضع منها او منه
ولم يزل يلح به هكذا حتى اخجله وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل
القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البايع

كانه

ط

وقت البيع ليملكه او ليبريه بل هذا بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد
قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على انه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب
يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء من كل حق
قبله فانه يدخل فيه الحق القايم لا غير وعند ابي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه
لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث
في قولهم جميعا لانه خص الموجود والعقد بالبراءة والله تعالى اعلم بالصواب

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن
الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو
يفيد الحكم على تقدير التوقف اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل
التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال لم يجز بيع الميتة
والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال وبيع هذه الاشياء باطلة لما ذكرنا قال فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان
العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من
المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه ان بيع ما
ليس بمال عند احد كالحر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير
والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند اهل الذمة فان بيعت بالدين
في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض
باطل في حق نفسها حتى لا يضمن ولا يملك بالقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر باهانتها
وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بان يشتريها بدين في الذمة لان
الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي وسايل والمقصود تحصيلها فكان باطلا
اهانة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها
وفيه اعزاز لها لا لانها ثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة

بالعين

والدم والميتة التي ماتت حتف انفها والمدبر مح

وبيعت بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما
ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي
كالميتة لانه جزؤها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمكاتب من الباطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه الصلوة والسلام اعتقها ولدها وسبب الحرية
انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على
نفسه وخروجا من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في
الاظهر فتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها تنفسخ بخلاف المدبر وام الولد ونقل في الايضاح
اذا كان احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد وقال في الايضاح ملك بالقبض لان الملك
قايم بالمحل وانما لا يصح البيع لخلل في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد
وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه
ولو كان كالحر لبطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه لا في
حق ما يقابله ولو مات المدبر او ام الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما
في البيع فيضمنان به ضمانا كساير الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق
فيه القبض وهذا الضمان يجب به ولابي حنيفة ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق
انفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق
ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول اصح لان دخوله فيه
في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن ابي حنيفة انه يضمن قيمة المدبر
دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت
لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال
والسمك قبل الصيد اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن
بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم وعن ابن مسعود انه عليه الصلوة والسلام

قال ولا تشترى السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز ش وهو على
وجهين اما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه
ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا
يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء على انه
باطل او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم
ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم لو لا تعتبر رؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت
في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر او سد موضع
الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله صار اخذا له وملكه
بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت
فاغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيء الحظيرة للاصطياد فاذا هيأها له ملكه بالاجماع
فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فاذا اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه
المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه الاخذ بغير حيلة او لا لانه لم يملكه قال
والطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وبعده كذا يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه
يمكن اخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز ولو بعده يجوز ان كان في يده او محبوسا
في مكان يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اخذه وسلمه
ينبغي ان يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في ارضه الصيد فباعه من غير اخذه
لا يجوز له لانه لم يملكه وكذا لو باض فيها صيد او تكنس او تكسر يكون لمن اخذه لعدم ملكه اياه
بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا
وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهيء ارضه لذلك فان هيأها
له بان حفر فيها بئرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيه صيد او تعقل فيه ملكه لان التهيئة احد
اسباب الملك الا ترى انه لو وضع طستا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا لو بسط ذيله عند النثار
ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع وفي النهاية لو دخل الصيد داره فاغلق عليه الباب كان
الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكر في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل

غير مقدور التسليم وهذا اذا كان لا يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده
صح

ويجوز ان يكون في المسألة روايتان والا فلا فرق بينهما قال والحمل
والنتاج فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن
بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود ونهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج
الناقة ما في بطنها ثم تحبل التي نتجت رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرا
ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن شرا العبد وهو آبق وعن
شرا المغانم حتى تقسم وعن شرا الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص رواه احمد وابن
ماجة والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عنه عليه الصلوة والسلام على ما بينا والغرر هو ما يكون
مجهول العاقبة لا يدري ايكون ام لا والحبلة هي الحابلة وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو
مصدر وانما دخلت عليه التا للاشعار بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما تحمله الجنين ان
كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه الصلوة والسلام قال
واللبن في الضرع لما روينا ولما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف
على ظهر او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع
بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل ان يكون انتفاخا
من الريح والليس فيه لبن قال واللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا وقد نهى
عنه عليه الصلوة والسلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه
الا بضرر وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا
بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث
يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا قال والصوف على ظهر
الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمتقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به
كسائر اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم
لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بالخضاب بخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع
فيتنازعان في موضعه وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور
التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار

وفي رواية ح

بحاله ح

ماليه اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي فلم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تاثير له كما في الكراث وقوايم الخلاف والحجة عليه ما رويناه وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما اجيز في الكراث وقوايم الخلاف للتفاصل اذ لا نص فيه ولا يلحق به المنصوص عليه

قال ـــــــ والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سوا ذكر موضع القطع او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضر ولو قلع البايع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع حمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحو حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة

قال ـــــــ وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة او بعوض الغايص في الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز

قال ـــــــ والمزابنة وهو بيع التمر على راس النخل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لحديث انس انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب

بالزبيب

122

بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه **ولنا** ما روينا وقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سوآء رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا كما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاوتا بيقين او كانا موضوعين في الارض ومعنى العطايا وتفسيرها ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه مكانه تمرا مجدودا بالخرص بدله وهو جايز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بايعا ملكه بملكه وهو جايز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتداه وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض لما اعطاه اولا فكانه اتفق في الواقعة خمسة اوسق او دونه فظن الراوي الرخصة مختصة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع

قال ـــــــ والملامسة والقا الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القا الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها بما روينا وعن ابي سعيد انه عليه الصلوة والسلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا تقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار من المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة والمماس ان تقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة هو ان تقول بعتك هذا المتاع

العرايا فيما رواه محمد

بكذا فاذا لمسته وجب البيع او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك
او يقول المشتري اذا نبذت الي فقد وجب البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري او البائع
اذا القيت الحجر وجب البيع وفي سنن ابي داود والملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا
يقلبه قال وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين
وان اشترط فيه بان اشترى احدهما على ان يأخذ ايهما شاء جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلثة
وحكمه اذا قبضهما قال والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا
اجارتها والمراد به الكلاء دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جايز اذا كان مالكها
وانما لا يجوز بيع الكلاء واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله
عليه الصلوة والسلام المسلمون شركاء في ثلثة في الماء والكلاء والنار رواه احمد وابو داود ورواه
ابن ماجة من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال
عليه الصلوة والسلام لا يمنع الماء والنار والكلاء رواه ابن ماجة ومعناه ان لهم الانتفاع
لشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع
الناس من الدخول في ارضه واذا طلب احد الماء يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فياخذ
الماء بنفسه او يخرج له هو فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح
فيه وكذا الكلاء الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا
في الماء من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في ارضه لعدم الملك فيه
وانه استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى واجيزت في الظئر والصبغ لكونها الة
للعمل تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه ان يستأجر الارض لايقاف
الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجرة فيحصل به غرضهما
هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او حفرها وهيأها ها
للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة
بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلاء جميع انواع ما ترعاه
المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلاء اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق

فلا

124

فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات فيها والكمأة كالكلاء وكذا
لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والايقاد من لهبها بدون رضا صاحبها وليس لهم
ان يأخذوا من الجمر شيئا الا برضا صاحبه قال والنحل وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به
وان كان لا يؤكل كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع
بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به والشيء انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه
مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال
الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال
ودود القز وبيضه اي يجوز بيعها وهذا عند ابي حنيفة لا يجوز بيعها وابو يوسف مع
في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه ايضا مع ابي حنيفة لابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به
فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد ان الدود ينتفع به وكذا بيضه في المال فصار كالجحش
والمهر ولان الناس قد تعاملوا بيعه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد
لما ذكرنا قال والابق اي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما تقدم ولقوله لما
روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة
على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الابق ولو باعه ممن
زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا عند المتعاقدين وهذا
ليس بابق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه
وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه يأخذه ليرده
على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون
على المشتري الا ترى ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في
البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة لتأكد قبض الضمان
باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك في الجانبين
على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف

محمد وعند محمد

فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير غاصبا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي
يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه
امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عبد فلان لم يجز
لان الابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا
لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل
التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن ابي
حنيفة انه يعود صحيحا لان المالية فيه قايم فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز عن
تسليمه فيفسد فاذا آب قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم
فصار كما لو ابق بعد البيع وكبيع الموهوب ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة
من اصحابنا رحمهم الله تعالى وبالاول كان يفتي ابو عبد الله الثلجي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله
ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حيوته في وقت العتق اجزاه
عن الكفارة ولو وهب من ابنه الصغير او ليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان
ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع **قال** الا ان يبيعه ممن يزعم انه
عنده اي الابق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه **قال**
ولبن امرأة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعاء وقال الشافعي يجوز بيعه من حرة كان
او من امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار كسائر المايعات الطاهرة وعند ابي
يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولنا انه جزء الادمي
بدليل انه تثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال
والامتهان بالبيع الا انه حل في الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمي يختص بمحل القوة
التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حيوة في اللبن وكونه
مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري
لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على ان البضع مال متبذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة
حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقر ونحوها حيث يجوز بيعه

لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو متبذل ايضا **قال**
وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين
فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر بعزة المحل وانما جاز الانتفاع به
للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره
لان الخرز يتاتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح ثم قال الشعر اولى ثم لا حاجة الى شرائه
لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث ان كان الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشرا
ينبغي ان يجوز لهم الشرا لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره فانه لا حاجة اليه للبايع ولا باس
للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الما القليل
افسده وعند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة
بقي على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته **قال**
وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الادمي مكرم فلا يجوز ان يكون
جزؤه مهانا وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنها للانتفاع به لما
فيه من اهانة المكرم فلا يجوز وعن محمد رحمه الله انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي
انه عليه الصلاة والسلام حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا
لما فعل قلنا لا نتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه
وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل علمنا ان حرمة الانتفاع به لكرامته
ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون ودوايبهن **قال** وجلد
الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة
وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره لان نجاسته من الرطوبات المتصلة باصل الخلقة فصار
كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليس باصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع
قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها فيما رواه ابو
داود وقرونها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى اخره لانه طهر
بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع

وشحومها وجلودها بعد الذكوة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير
الاكل لطهارتها بالذكوة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكوة ويجوز بيع عظم
الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما
كالسباع **قال** وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لانه حق
التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهوا لا يمكن احرازه
وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القايم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه
تبعا باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو
مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رطبا ارضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن
حتى لو ادعى رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت
شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة
وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع
المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسألة تحتمل وجهين احدهما رقبة الطريق والمسيل
والثاني بيع حق المرور وحق التسييل اما اذا كان المراد هو الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق
معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل مجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض
مختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار
المسيل او باع جزءا شايعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق
المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين
التسييل على رواية ابن سماعة ان حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل
فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين
حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز
بيعه في رواية ابن سماعة ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين
فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز
قال وامة تبين انه عبد وكذا بعكسه اي لو اشتراه او باع خصيا على انه

انه

١٢٦

انه امة فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس ان
يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان
وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس
لا يفسد البيع كما في البهايم فانه اذا اشترى كبشا مثلا وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب
فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان ان الذكر والانثى
من بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج
الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا اخر
غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو
ذلك فالانثى والذكر من الحيوانات تحصيلهما ان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون
باختلاف المقاصد الا ترى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف
من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا ولا يشاركه
فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زايد على الاصل فكان ابلغ في التعريف ويحتاج
في مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي الجنس
لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف
والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس
لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للاخر فيعتبر
الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح
عن دم العمد والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا
عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو
اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار كانه باع شيئا بشرط ان يسلم غيره وذلك فاسد
والنكاح واشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد وللنظر ان كان المسمى يمكن ضبطه يجب
مهر المثل كالثياب والحيوان الموصوف او المكيل او الموزون يجب المسمى يجعل كانه سماه ولم

يشترى بثمن وان لم يكن ضبطه يجب مهر المثل لانه لم يسم شيئا لانه لا يصلح ان يثبت في الذمة
قال ـــــ ومن اشترى ما باع بالاقل قبل النقد ومعناه انه لو باع شيئا وقبضه المشتري
ولم يقبض البايع الثمن فاشتراه باقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس
لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن
الاول او باكثر او بالعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي عن ابي اسحق السبيعي عن امرأته انها
دخلت على عايشه رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني بعت غلاما من
زيد بثمانماية درهم نسيئة واني ابتعته منه بستماية نقدا فقالت عايشة رضي الله عنها بئس ما
شريت وبئس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا ان يتوب رواه
الدارقطني فهذا الوعيد دليل على ان هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالراي فدل على انها قالته
سماعا ولا يقال انها قالت اني بعته الى العطا فلعلها انكرت عليها لذلك لانا نقول كانت عايشه
رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه فاذا عاد اليه
عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي عليه فضل بلا عوض
فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر لانه لا
ربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده
وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شرا البايع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب
لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه
كتصرفه وله ان شرا هولاء كشرا البايع بنفسه لاتصال منافع الملك بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا
عقد مع هولاء ولو اشترى ما باع له بان باع وكيله لم يجز ايضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه
ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم فباعه ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد
باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز اما شراوه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بايع
لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شرا البايع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه
في باب الحرمات واما لغيره فلان شرا المامور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شرا ما باع
لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام

الوارث

الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البايع باقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن
ابي يوسف انه لا يجوز ايضا كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث
فيما يورث ووارث البايع لم يقم مقام البايع في هذا الشرا الا انه لم يملك الشرا بطريق الارث لانه
كان يملك الشرا لنفسه حال حيوة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقايم مقام
المشتري في هذا البيع لان رد المبيع له من احكام ملك المورث فانه كان يملك المبيع حال حيوة مورثه
لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث صار بيع الوارث كبيع
المورث سوا فكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشرا من مشتريه او من
وارثه لانه لو باعه المشتري او وهبه لرجل او اوصى له به ثم اشتراه البايع الاول من ذلك الرجل يجوز
لاختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله حديث بريرة حيث قال عليه الصلوة والسلام هي لها صدقة
ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه
من بايعه باقل من الثمن الاول جاز لان الثاني ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه
فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا
ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير
السعر لم يجز شراوه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب
وعينه فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه
بجنس اخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف
الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها
اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري ربا
الفضل بينهما ولنا انهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية
فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه الصلوة والسلام
ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فنقد [illegible]
بالف كل نصف بخمسماية ثم اشتراه احدهما بخمسماية قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع باقل
مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسماية لانه ما باع ولا بيع له ذكره في [illegible]

البايع

بنصيب فلان بخمسماية ثم قال اشتريناك نصيب فلان بخمسماية ثم اشتريك احدهما كله بخمسماية فسد العقد في نصيبه
لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع يبيع له واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه
وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا يبيع له وان اشترياه حقا
في هذه الصورة صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح شراوه في
الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا ثانيا صح شراء كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن
ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسماية صح شراء كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما
اشترى نصفا ثانيا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في النصف الذي لم يبعه
له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسماية لا يصح لان احد النصفين
باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف
الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه باع
واما الموكل فلانه بيع له قال ——— وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضم
الى المشترى بان اشترى مثلا جاريه بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البايع قبل نقد الثمن
جاز البيع في الذي لم يشتريها من البايع ويفسد في الاخرى لانه لا بد ان يجعل الثمن بمقابلة التي
لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه
ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح اولانه باعتبار شبهة الربو اولانه
طارى لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال ———
وزيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن
الظرف اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على ان يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان
كل ظرف خمسين رطلا ويجوز ان شرط ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه
العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين
مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه
يقتضيه العقد قال ——— وان اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه
المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق

غير

غير هذا وهو كان خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض ضمينا
كان او امينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن
فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف
في الثمن ثبت تبعا للاختلاف في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود
بالعقد ولا معقود عليه اصلا فكذا فيما ثبت تبعا اذ البيع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على
خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا صيرورة ان كل واحد منهما يدعي
عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا يلحق به
قال ——— ولو امر ذميا بشرا خمر او بيعها صح وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما
ان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل
مجوسيا بان يزوج مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كانه
باشر بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع
والموكل بمنزلة المشتري الا ترى ان له حبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف
بينهما عند التجاحد ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل بنفس التصرف الا ترى انه يملك
الخمر والخنزير بالارث بان كانا لذمي فاسلم ثم مات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل الخمر ورثته
المسلمون وكذا اذا الخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي ان يزوج المجوسية لانه
سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل بخلاف ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير
كالتزويج فيقع الحكم فيه للمسلم ابتدا وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها
الوكيل لتمكن الخبث فيه لقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم بيعها حرم شراها واكل
ثمنها وفي التوكيل بشرا الخمر تملكها حكما فيخللها لانه منع الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها
على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفع الى الوكيل
لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية
للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسايل منها ان رجلا لو توكل عن غيره لشرا عبد بعينه

لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف
خمرا يأمر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا لذمي وللميت
خمر يأمر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتدا
ولا بقا فلا يمكن اثباته له حكما تصحيحا لتصرفه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع
الملك والمسلم اهل لملكها والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو **قال**
وامة على ان يعتق المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز بيع امة على ان يفعل بها
المشتري شيا من هذه الاشيا لنهيه عليه الصلوة والسلام عن بيع وشرط والاصل فيه ان كل شرط
لا يقتضيه العقد وهو غير ملايم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لاهل
الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه
الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانها للتوثقة والتاكيد لجانب الاستيفا والمطالبة
لان استيفا الثمن مقتضى العقد وهو كله ملايم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة
معينين او شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه
بين الناس كشرا النعل على ان يحذوها البايع او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل
الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البايع والمشتري والمبيع الاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع
به او التعامل او لكونه ملايما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض
فيفضي الى الربوا ولانه يقع بسبب المنازعة فيعري العقد عن مقصوده لان المقصود من
شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز
البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف
في الوصايا وتفسيره ما قلنا **ولنا** انه لا يقتضيه العقد اذ مقتضى الاطلاق اي تصرف شا لا تصرفا
معينا فاشتراطه فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع
النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر
وقيل تفسيره ان يعتقه المشتري قبل الشرا ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه
المشتري جاز البيع عند ابي حنيفة ويجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط

الادمي وهو

الاعتاق

129

الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير الفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا تلف بوجه
اخر وجه الاستحسان ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه
يلايمه لانه منه للملك والشي بانتهايه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق
العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملايمة وهو الانهاء فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير
حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا تلف بوجه اخر ولو باع جارية بشرط
ان يطاها المشتري او بشرط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما
لان قضية الاطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح في الاول لان العقد
يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضيه
العقد فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي الى النزاع فلا يفسد
قال او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثناوه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناوه لانه بمنزلة الاطراف فصار
شرطا فاسدا وفيه منفعة للبايع فيفسد البيع ثم الاستثنا الحمل في العقود على ثلثة مراتب
في وجه يفسد العقد والاستثنا كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها
الشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم به
العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج من البلد لا تفسد ولو ان يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث
ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين
في الحالين وفي وجه يجوز العقد والاستثنا باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثنا ويكون الحمل داخلا تبعا للام في هذه العقود يصير
هو حيث صادفته وفي وجه يجوز العقد والاستثنا وهو الوصية حتى لو اوصى بجارية
لانسان الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها لاخر صح لان الوصية اخت الميراث والميراث
يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل وحده صح
قال او يستخدم البايع شهرا او دارا على ان يسكن او يقرض المشتري
درهما او يهدي له او يسلم الى كذا وثوب على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا لان هذه الشروط

بير

جايزهم

لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل
المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شي فهو اعارة مشروطة فيه ونهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى
يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التاجيل
فيكون اشتراطه مفسدا قال ـــ وصح بيع نعل على ان يحذوه او يشركه
وقال زفر لا يجوز وهو القياس وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه ومثله يترك القياس
ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان
قال ـــ رحمه الله لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود
وان لم يدر المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة
وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة
قال ـــ والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف اي لا يجوز البيع
الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشيا افعال العباد فيثبت
بحسب ما يريدون ولهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجذاذ بالذال المعجمة عام
في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحا وكسرها قطع الزرع ومنه قوله تعالى
وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطئ الطعام الدواب
قال ـــ ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي متحملة في الكفالة
لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة
والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن رفعها باقتضاها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى
هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتدا لكونها التزاما محضا من غير ان يقابله شي وفي النذر
يتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يتحمل الجهالة
في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة
تتحمل في اصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح ففي الوصف وهو الاجل اولى بخلاف البيع

حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا فكذا في وصفه قال ـــ ولو اسقط الاجل قبل حلوله
صح اي لو باع الى هذه الآجال ثم اسقط المشتري الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس
وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال ـــ زفر والشافعي لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب
صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امراة
الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو بسبيله ولهذا اختلف
الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته او نقول العقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا
على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة وقبل مجيه لا منازعة
فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد
وينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب
العقد لانه في احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد
لا ينقلب عقدا آخر وقوله ـــ ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري
لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وهو قول القدوري في مختصره فانه
نص عليه باسقاط الاجل ووقع اتفاقا لا لخروج الشرط لان رضى من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم
اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين فتحمل لخلو العقد فتحمل بخلو العقد عن المفسد
بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة تضاربه فيفسد قال ـــ ومن جمع بين
حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد
غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما الاول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة
وعندهما ان بين كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صار صفقتين
فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه بيع بالحصة ابتدا وهو
لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة
لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المال فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في
في العبد والذكية فيبطل واما الثاني فالمذكور قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع
ولا يتصور ذلك لانتفا المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لجواز

والجهالة في تاجيل الدين

العقد في العبد ثم الاكثر لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي
حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن
عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما
ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة
اذا ضم اليها المحرمة فيعقد عليها جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون مجيبا
والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع
المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وعبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال
ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم
في المدبر وام الولد والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء
فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف
لانه صار محرزا عن التملك والتمليك فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله
والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به
وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه كالحر
لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد
والمقابر لا يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه
مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما
ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل الا استثناء للمساجد فيكون كانه باع غير مواضع المساجد

قال قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك
المبيع بقيمته معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان كل
واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد
الملك وشرط ان يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف
ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده
ان يملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح

فان

فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة
الى اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن او قبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه
الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف
البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض
لانه به دخل في ضمانه وعند محمد رحمه الله قيمته يوم التلف لانه يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات
القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو العدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه
مع امكانه كما في الغصب وهذا قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها
التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله انما جاز بيعه لان البائع سلطه
على ذلك وقال ايضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها
الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا فسخ للفساد وردها الى
البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا
رجع الواهب فيها وكذا لو ربح فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل الطعام اشتراه
شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبد الصغير
بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي
لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها
المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البائع يجب
عليه الاستبراء ولو لم تخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطي والاكل ولم تجب الشفعة
فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة
تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف
في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا
التصرف وان اتصل به القبض لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة
الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا ملايمة والملايمة شرط بين الاثر والمؤثر

وهو ما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملكه وقبضه صح

الاكره

ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه
والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا يفيده قبل القبض ومع تؤكده
بالحرمة والفساد فانى يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم **ولنا** ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفا في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال
بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الافعال
الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا الايقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور
منه فاذا كان من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن
مقصوده فيبطل النهي اذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على
حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال
الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل
بازالته من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الآخر وتحقيق هذا
ان النهي عن العقود المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها لتحصيل
الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان الجمعة
فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير انه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لعينه فما نحن
فيه لمعنى في نفسه فالقياس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره لكن ذلك
الغير في المستشهد به منفصل مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان المنهي فيهما لمعنى في غيره
الا ترى انه لولا الشرط كان العقد غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاور وذلك لا يوجب
عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا
لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد
وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الدفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب
الامتناع عن المطالبة اولى وذلك لتقدم الملك ولا ثبوت الملك به قبل القبض تؤكد اي تقرير
الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله
وبينهما تناف قلنا لا تنافي اذ جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال

في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها مثمنا وهي لا تجب بالعقد فلو
انعقد لما وجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا في
الشرع ان تكون القيمة مبيعا في صورة من المبايعات **قال**
ولكل منهما فسخه يعني كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد عليهما واللام تكون بمعنى على قال
الله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه
لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل
واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ
له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا
الى احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان
الفساد لشرط زائد بان باع الى اجل مجهول او فيه ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون له
منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا
على التصحيح بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لبطل حقه عليه
وعندهما لكل منهما فسخه لانه يستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ولانه النفع
قادر في تصحيحه بالحذف والكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف
لا يشترط علمه **قال** الا ان يبيع المشتري او يهب او يحرر او يبني اي
اذا تصرف في هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ
فيه تصرفاته وينقطع به حق البائع في الاسترداد وسواء كان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا
الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح
على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع
وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقدم عليه حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى بخلاف حق الشفعة حيث
ينتقض فيه تصرف المشتري لان حق العبد فكان اولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته
والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار

وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البايع
فلا ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير
البيع لانهما لازمان الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو
رجع في الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين
وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا
قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم
القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق ثم عاد بعد ما قضي
على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان
في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له
على ما عرف في موضعه وقوله او بنى اي ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار
المشترى شراء فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وهذا الخلاف في الغرس لهما ان
حق البايع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضاء
ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البايع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا
اولى وله ان البناء والغرس حصل بتسليط البايع وهما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد
كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته وكذا ببنائه
وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى
شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام
الاسترداد باقيا فلما وجبت الشفعة عنده علم ان حق البايع في الاسترداد قد انقطع عنده
وهذا ظاهر فاذا اخذه الشفيع ياخذه بالقيمة كما اذا باع المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار
الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء اخذه بالثاني بثمنه لانه بيع صحيح فاحكمه ايجاب ثمنه
فاذا اخذه ههنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع
البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول نقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد
ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البايع

في الاسترداد

في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد ان البايع بالخيار ان شاء اخذه
واعطاه ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب **قال** وله ان يمنع
المبيع عن البايع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس
المبيع حتى يرد البايع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه
المبيع وان مات البايع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم
على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد
الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقترض قرضا فاسدا او اخذ به رهنا له ان يحبس ما استاجر وما
ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا لانها معاوضة فتوجب التسوية بين
البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض من
سائر الغرماء ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن
البايع فاراد البايع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين
بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة
بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا
الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه **قال** وطاب للبايع ما ربح لا للمشتري
اي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبايع
ما ربح من الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه
ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به
هذا في الخبث الذي لفساد الملك واما اذا كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها
المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند
فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر فكان
في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك
وحرمة لفساده وقد ذكرناها فتاملها وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد لا

قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار
كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمن والثاني رواية ابي حفص
وقيل على هذا الاختلاف لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب **قال**
ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له ربحه اي ربح الدراهم لان
الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما اولا فملكه ثم استحق بالتصادق انه لا دين
عليه وبدل المستحق مملوك الا ترى انه لو باع عبدا او جارية فاعتقه المشتري ثم استحقت الجارية
لا يبطل الملك العتق من العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وكذا الحالف
ان لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه
ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المديون ملكه ما في ذمته بالبيع وهو بدل
المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث لكونه مملوكا بملك الغير
لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بيناه من قبل **قال** وكره النجش
والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو
لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كره لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام
نهى عن النجش وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان
تناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه الصلوة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم
على سوم غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواه احمد ومسلم
والبخاري والمراد بالبيع الشرا وروى احمد عن ابن عمر انه عليه الصلوة والسلام قال لا يبيع احدكم
ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان يأذن له وروى النسائي انه عليه الصلوة والسلام قال لا يبيع احدكم على
بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان
الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد الى ان يبلغ قيمتها
وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح
قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال انس ان النبي عليه
الصلوة والسلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة

حاسة

ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي **قال**
وتلقي الجلب اي كره تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم
ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام نهى عن
تلقي البيوع رواه احمد والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه الصلوة والسلام نهى ان يتلقى الجلب
الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا
في قحط وان كان لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين **قال**
وبيع الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون
له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر انه عليه الصلوة والسلام قال لا يبيع حاضر
لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال انس
رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لباد وان كان اخاه لابيه وامه رواه البخاري واحمد ومسلم
وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي
وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان اهل البلد في قحط
وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا لم يكن
كذلك فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي السلعة فياخذها الحاضر
ليبيعها بعد الوقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب **قال** والبيع
عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي
بان قعد للبيع او وقف له وذكر في النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به
وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله نهى عن البيع مطلقا فمن اطلق في
بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول
اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلوة **قال** ولا بيع
من يزيد اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه **قال** ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم
منه سواء كان الاخر صغيرا مثله او كبيرا لقوله عليه الصلوة والسلام من فرق بين والدة وولدها

فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني
النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما
فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين
فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجة
وعن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالدة وولدها وبين الاخ واخيه
رواه ابن ماجة والدارقطني وعن علي انه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم
عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني لان الصغير يستأنس بالصغير والكبير والكبير
يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق
بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقال عليه الصلوة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر
كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما
لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى
لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا بأس به كدفع
احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير
فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى لانه لا يتضرر بالزام الفداء في
الجناية والزام القيمة للغرماء والزام المعيب من غير اختياره وكذا لا بأس بالتفريق
اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا ولو ان يعتق احدهما
وان كان فيه تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر ان
يدور معه حيث دار وكذا له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا في
الاعتاق ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر
ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما
حرا كان او مكاتبا او عبدا ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما هم فيه من الكفر
اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلف
جهة قرابتهما لا تفرق ولا يباع واحد منهما دونه وذلك مثل الاب والام او اخت لاب واخت لام

او ابوين بان ادعاه رجلان او عم او خال لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر وله بكل واحد
منهما استئناس خلاف الاستئناس بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الاختين او العمين
لاب وام او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه او يتركه مع الواحد منهما لانه
يستأنس به ويقوم بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام او الجدة عمة او خالة او واحد
الاخوة والاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع
شفقة الاقرب كالمعدوم وينعقد البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير او
الاضرار باهل البلد او بالواردين اذا التبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بيناه فلا يوجب الفساد
وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا
انه عليه الصلوة والسلام رد البيع في الولاد وامر بالبيع في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب
الفساد كالبيع عند الاذان وكيف لا اشتراه عليه والمروي محمول على الاقالة او على البيع الاحد
ممن باع منه احدهما **قال** بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز التفريق بينهما
لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان
الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر مسلمة بن الاكوع انهم اصابوا
اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امرأة معها بنت لها فنفله ابو بكر بنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال
هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه الصلوة والسلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك
المرأة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا
امتين اختين ولو كان مع امة مسبية صبي ادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على
الغير ولا تفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد
فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التفريق لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر
مفرقا بالتفريق ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة
فلانها لم تجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حق فلا تمنع منه

والله اعلم بالصواب

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما
من البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قلت البيع قيلا وهذا
ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه الصلوة والسلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته
يوم القيامة قال رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في عقد المقايضة
فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ
لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا
تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا
وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد
هلاك احد العوضين في المقايضة فيجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل
القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد هلاك السلعة في عقد
المقايضة فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون
بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن
الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا
ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فيبطل ويبقى البيع الاول
على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن
يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا
سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا
تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها
تمليك من الجانبين بعوض مال بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون الالفاظ المجردة كالكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق
الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او محتمله ولابي حنيفة

رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد
اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له يصح وانما لا يصح لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به
مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فجعل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه
قال رحمه الله ويصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر والاقل بلا تعيب وجنس
اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد
على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط
الاقل عدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات
بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه
ولا تجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل كالنكاح وعند
محمد رحمه الله يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة
لا يكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احدها
انه يجب على البائع رد الثمن الاول وما سمياه بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا يلزم رد البائع المبيع
حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري
لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض
جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تصح لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة
لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير
ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فائدته في
خمس مسائل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة
لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم
اطلع على عيب كان في يد البائع فاراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري
والثالثة اذا باع المشتري المبيع اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا

وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشرا جديد من المشتري الثاني • والرابعة ان كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعبد وهو للتجارة عبد للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضا واسترد العوض فهلك في يده فانه لا يسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضا اقالة • وقوله بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجري على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضا وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا تتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البايع بطعام غير متعين وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البايع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضا قال وهلاك المبيع يمنع اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل العقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشي يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما

صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث يجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قايمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع فيبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله تعالى اعلم بالصواب

باب التولية

وهي ان يجعل غيره وليا فكان المشتري يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا تلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهي البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله هي اي التولية بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من قول بعضهم نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم تكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقد جايز ان شرعا لاجتماع شرايط البيع والتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي في التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها ويطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازها ولما اراد عليه الصلوة والسلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له عليه الصلوة والسلام ولني احدهما فقال له هو لك بغير شي فقال اما بغير ثمن فلا قال وشرطها كون الثمن الاول مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن ملكه او به وبزيادة ربح معلوم محقق يجوز لانتفا الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشر

ان كان المشترى يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم فى المجلس جاز وله الخيار والا فسد
كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما ان لا يكون صرفا حتى لو باع دينارا بدراهم لا يجوز فيه المرابحة
ولا التولية لانهما فى الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض عنهما واجب بالعقد ٥

قال ولهان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ والطراز والفتل
وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جرى بالحاق هذه الاشيا براس المال وهو المعتبر ولهذا
لا يعد ذلك خيانة اذا ابين له والاصل فيه ان كل ما يزيد فى المبيع او فى القيمة يلحق به فهذا هو الاصل
وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز تزيد فى العين والحمل والسوق
يزيدان فى القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة
ونفقة تجصيص الدار وطى البير وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها
والزروع وغرس الاشجار فان فعل شيا من ذلك بيده لا يضمه وذكر فى المحيط انه يضم طعام المبيع
وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة فى العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا يضم
اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفى المخزن يضم لانه يزداد قيمته
من حيث انه يدفع ضرر الحر والبرد **قال** ولا يقول قام على بكذا اولا
يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب **قال** ولا يضم اجرة الراعى والتعليم
وكذا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولان الراعى حفظه وهو لا يزيد فى العين ولا فى القيمة
شيا وثبوت الزيادة فى التعليم لمعنى فى نفسه وهو ذكاؤه وذهنه ولا يضم جعل الابق
ويضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللولوء ولو زوج العبد لا يضم
المهر الى راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض والبيطار والحجامة
وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفدا فى الجناية لان التجار لا يضمون هذه
الاشيا الى راس المال لانها لا تزيد شيا فى العين ولا فى القيمة فلا تجوز الحاقها براس المال والذى
يوخذ فى الطرق من الظلم لا يضم الا فى موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم **قال**
فان خان فى مرابحة اخذ بكل ثمنه او رده وحط فى التولية وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف
يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانه باشر اعقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما

لو باعه مساحة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجرى مجرى الوصف فاذا فات
الوصف المرغوب فيه يتخير كما فى ساير الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابى يوسف ان الاصل
فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بنا العقد الثانى على الاول
فى حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا فى العقد الاول فلا يمكن اثباته فى العقد الثانى فيحط ضرورة
غير انه فى التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفى المرابحة يحط ذلك القدر من راس المال
ويحط من الربح ايضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة يسقط معه وما اصاب غيره
يثبت معه ولابى حنيفة فى الفرق بينهما ان التولية بنا على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره
بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا فى العقد الاول والمرابحة عقد مبتدا باشتراط اختيارهما
والبيع يمضى على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج فى التولية الى ذكر الثمن وفى المرابحة
لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بالمسمى ولانه لو لم يحط فى التولية لم يبق تولية
لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط فى المرابحة يبقى مرابحة
على حاله ان الربح اكثر مما ظنه المشترى فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه
ويثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه جميع
الثمن المسمى وسقط خياره عند ابى حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله
شى من الثمن كخيار الروية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشترى الجزء الفايت
وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعند محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع
على البايع بما دفعه اليه من الثمن بنا على اصله فى اقامة القيمة مقام المبيع فى التحالف وعلى قول
ابى يوسف يحط كيف ما كان وكذا عند ابى حنيفة فى التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ
به وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع
بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثانى انقص من الاول وقضيه التولية ان يكون مثل
الاول **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح
عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعنى اذا باعه بربح ثانيا بعدما اشتراه ثانيا طرح عنه

كان

كالربح قبله ذلك احاط بثمنه اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا
عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن على الثمن الاخير فمثاله
اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة
على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بنا المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي
ثم باعه الاجنبي من البايع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان
شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال
بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز المرابحة فيما
اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له من التوسع في مال
الحق بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لان بالعقد
الثاني تاكد وامن بطلانه وللتاكد حكم الحصول المؤدي الى شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا
يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل
بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون
بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شي فلا يبيعه مرابحة ولا يقال هذا اوجب ان يفسد البيع
لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد الثاني حقيقة
وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولم ينتهض في كل
لفساد العقد لان المنع من باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة
بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست مبنية على الامانة قال ولو اشترى
ماذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وهذا العكس اي
وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده الماذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة
عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين
او التصرف فله شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر المرابحة لانتنائها على الامانة

عدما في حق

فيبقى الاعتبار للشرا الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه
يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لان الزايد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه
عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة بينهما ظاهر لكل احد منكم فيما زاد عن الثمن الاول
باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال
التهمة واشتراط الدين على العبد لانه وقع اتفاقا لا انه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة
فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد
والمكاتب في هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما قال ولو كان
مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بان كان معه
عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه
مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه
فيحط على الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه
ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل
هذا الثوب اثني عشر درهما ونصفا فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال
لانه يبيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد
ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب
يجوز تصرفه فانه لا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك ان البيع يتبع القابلية لا الملك
عينا وقد وجدت القابلية هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه كالك
المقصود فيما اشتراه منه بالشرا اول لا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق
ولهذا لا يملك رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن فيها ربح وكذا لا يملك منعه
عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع
الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال
ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب اي اذا تعيب المبيع من غير صنع او وطي الثيب يبيعه
مرابحة من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شي يقابله الثمن لان الاوصاف وصف وهو لا يقابله شي

من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن
غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذ لا ينقصها
الوطي ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو صادق اذ ابقى جميع ما يقابله الثمن وعن ابي يوسف رحمه
العيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهما
فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب لم يرض بذلك الثمن
بعد ما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده
ولا فرق فيما بين ان يحصل بفعله او بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا بيان
بذهاب ما لا يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب المشترى لا يجب عليه البيان فصار نظير ما
اذا انتقص بتغيير السعر وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا اذا انتقصه العيب شيئا يسيرا
وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال
ويبين بالتعيب ووطي البكر اي يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب
منه سواء كان بفعله او بفعل غيره واحداثه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن
ووطي البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابلها الثمن وان تعيب بفعل
المبيع من نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فيجوز ان يبيعه مرابحة
من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان
اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس
العيب فلا بد منه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده
لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه الصلاة والسلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه
ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته
وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر
بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال
ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة خير المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان
له شبها بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع

احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول
ان الثمن المؤجل انقص من الحال في المالية ولهذا حرم الشرع النسا في الاموال الربوية فيكون هذا
اخذا من المشتري ازيد من الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم
ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على
الثمن الاول قال فان اتلفه فعلم لزم بالف ومائة اي ان اتلف
المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال
متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه شبهة زيادة الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا
كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه
الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل
حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط او الرؤية
قال رحمه الله وكذا التولية اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من
الخيار حال قيام المبيع قائما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا
وعن ابي يوسف انه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا
مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر
المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف
وهذا اذا كان الاجل مشروطا فيه ولكن معتادا متعارفا بينهم ان يؤخذ منه في كل جمعة قدر
معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان
الثمن حال وان سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا
له ان يرده على بائعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد
رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي
كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه له الرد بحكم انه غره وان لم
يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيف ما كان والصحيح انه يفتى بالرد ان غره والا فلا
قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد

بجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة **قال** ـــــــــ ولو علم في المجلس جاز لان
جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة
دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول الى اخر المجلس
بوسطه بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم
الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتدا واما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتدا لتقرر الفساد
بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشي برقمه فان البيع فيه فاسد فان
اعلمه البايع في المجلس صح والا فلا وانما يتخير لخلل في رضاه لان الرضا بالشي لا يتم قبل العلم به

فصل قال رحمه الله

صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه
الصلوة والسلم اذا اشتريت شيا فلا تبيعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه
قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم
انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل
الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تغييبه ليصير هالكا حكما حتى لو تصور
هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول
بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار
كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول به
ان التصرف في الثمن قبل القبض كما مر جايز والفقه فيه ان المطلق للتصرف وهو الملك فقد
وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض
قيل على هذا الخلاف فلنا ان نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما ان المعقود
عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ولانها بمنزلة المنقول **قال** ـــــــــ
لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه الصلوة والسلام اذا ابتعت
طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه باع ما لا يملك

والغرر

والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول
نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبايع منع المبيع عنه وان لم
ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل
القبض توقفت كتابته وكان للبايع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ في حق
البايع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض او تصدق
به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة
ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البايع يصلح نايبا عن
المشتري في القبض فيصير قبض المامور قبضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك
بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل
القبض لا يجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك
العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين
لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه
لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج امته الابقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانه لا يدري احية هي
ام ميتة ولو وهب المبيع من البايع قبل قبضه فقبله البايع انتقض البيع ولو باعه منه لا يصح
هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة مجاز عن الاقالة فيحتمل ذلك
والاقالة فسخ بخلاف البيع **قال** ـــــــــ ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه
والاكل حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل او الموزون
بشرط الوزن او المعدود بشرط العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد
وان كان بعد القبض لقول جابر انه عليه الصلوة والسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعات
صاع البايع وصاع المشتري رواه ابن ماجة والدارقطني وعن عثمن انه قال كنت ابتاع التمر
من بطن من اليهود يقال لهم بني قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
يا عثمن اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض
فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا اتمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك

للبايع في المقدرات والتصرف في حال الفقد حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة
لان الزيادة له اذا وجد اكثر من كيل البايع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه
بذلك التحق بالقدر في حق ازديا والثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك
يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض
ويلزم الزيادة في الثمن فيما لا يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم
والدنانير اما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما احد معنى تعيين
المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز
التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض
فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف ولا يعتبر
كيل البايع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البايع والمشتري وهو الشرط ولا
كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته
ولو كاله البايع بحضرة المشتري بعد البيع قبل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح
انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت
الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون
وهو مروي عن ابي حنيفة واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد انه ليس
بمقدر الا ترى انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول ان المعدود المتفاوت يشابه
المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على
انه الف فوجده اكثر يرد الزائد وان وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على
المماثلة بدليل يوجبها وهذا اظهر ولو اشترى المكيل او الموزون شرا فاسدا فقبضه ثم
باعه بغير كيل ووزن فالبيع الثاني جايز لان الملك في البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك
قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير ما استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى
اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستقراض يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع

قال ـــــــ لا المذروع • اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض
قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة
ولا نقصان ان وجده زايدا او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى
يذرع وقد بيناه من قبل **قال** ـــــــ وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق
للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في
الثمن لانه في الذمة لا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة
وانما يقبض غيره مثله بجنسه فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا الفرق فيه ولا يتصور
خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذا كان حاضرا
وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير فكان يجوزه
رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا
جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا ابدال الصرف لما عرف في موضعه والمراد
بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الا ان
قال ـــــــ والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك يعني اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبايع ان يحط من الثمن وان يزيد في المبيع
ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع
الزيادة وللبايع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم
ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه
لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار
مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلتحق باصل
العقد بل هو بر مبتدا ولذا العوض اعتبار الجزء بالكل ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية
ذلك الا ترى ان لهما ان يحلاه لا وجا باسقاط الخيار او غيره لازم باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع
العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل واولى ان يكون لهما ولاية التغيير لانه

لانه دون لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل العقد والتزم كالمذكور لان وصف الشيء يقوم به
لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي فيما فرض بعد الفريضة
وهذا نص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل
عليه وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد
ولهذا لو لم يسم في العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط
الكل لانه تبديل لا اصل لانه ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد
مشروع من كل وجه فالالتحاق يؤدي فيه الى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية
والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وتظهر في الشفعة ايضا
حتى ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول
وهما لا يملكانه الا ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر ايضا فيما اذا استحق
المبيع حتى يرجع المشتري على البايع بالزيادة ولو اجاز المستحق المبيع كان له ان يطالب
بالزيادة ويظهر ايضا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم
زاد احدهما او حط ورد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط
فسد العقد فكانهما عقداه كذلك من الابتدا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز
الزيادة ولا تصير هبة مبتداة وكذا الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد
المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول ابي يوسف وفي الحط تكون هبة مبتداة ويظهر
ايضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن بالمال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض
يسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها
قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة
الصحة فاذا لحقت ثم الزيادة المتولدة فيها التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق باصل
العقد لانها كانت موجودة وقت العقد فامكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد
ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما الزيادة المتولدة معدومة وقت العقد

فلا

فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل
لا بالعقد فاذا قبضها صارت اصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد فيصير لها حصة من
الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى
قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر ايضا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها
بعد العتق يكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية
لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط
محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك
بمنزلة الحط لان الزيادة حال ثبوتها لم تقابل بها عوض وانما تقابلها بعد التحاقها باصل العقد
فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية
وقبضها ثم ماتت فزاده البايع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة يثبت مقابلها بالثمن والثمن
قايم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه يثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك
وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع
ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه يتبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار
المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد الامة او خمر العصير او اخرجه
عن ملكه ثم زاد في الثمن جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المراة
بعد موتها وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا اما اذا كان تبعا
فلا يلتحق باصل العقد حتى لو اشترى دارا بالف جياد فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي
البايع بذلك فان الشفيع لا ياخذ الا بالجياد وكذا اذا اشترى دارا بالعبد فاعور ورضي
به البايع فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا يجوز الزيادة في المسلم فيه لانه
معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه
لا يدفع حاجته بل يزيد في حاجته فلا يجوز وكذا لا يجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع
ما ورد بتمليك الزيادة المنفصلة من المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة **قال**
وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله

المبيع صح

ان يوخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابرا فاولى ان يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجلها الى اجل
مجهول يبطل فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد
كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه
فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في ساير الديون **ولنا** ان القرض اعارة وصلة ابتدا ولهذا يصح
بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد الماذون له في التجارة وهما
انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتدا لا يلزم التاجيل فيه كالعارية فان المعير اذا وقت
ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتها لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النسا
لا سيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع
وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض فلانا من ماله الف
درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية
يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها انظر الموصى الاثري انها تجوز بالخدمة والسكنى ويلزم والله اعلم

باب الربوا قال رحمه الله

هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله
تعالى وما آتيتم من ربا الى قوله فلا يربوا عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على ساير
الاماكن ارتفاعا والربوا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل
الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة
والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح
بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الاخذ والمعطي فيه سوا رواه البخاري
واحمد وعن عبد الله ابن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا
ياكله الرجل اشد من ستة وثلثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده
قال وعلته القدر والجنس يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون
وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس

شرط عمله لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام
مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد وجه الاستدلال به ان الطعام
مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة اذ ترتيب الحكم على الاسم المشتق دليل على ان
ماخذ الاشتقاق علة كما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
فعلة القطع والجلد السرقة والزنا ولانه قال عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخاري ومسلم
لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله ولان الابتدا بالنهي مشعر
بان حرمة البيع اصل فيه والجواز تعارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على
قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه لشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع
ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم
في المطعومات لبقا الانفس به والثمنية في الاثمان لبقا الاموال التي هي مناط مصالحها
بها ولانه للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت
الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين
الشرط والعلة ان العلة موثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط
لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما
رويناكل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به اكثر فكان انسب واولى بالاعتبار **ولنا**
ما روي عن عبادة وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا
وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني وجه التمسك به انه
عليه الصلاة والسلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انها علة الحكم لما عرف ان ترتيب
الحكم على الاسم المشتق ينبي عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون
مثلا بمثل بسبب الكيل والوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث ابي سعيد وابي هريرة فيما
رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال اكل تمر
خيبر هكذا فقال انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلثة فقال لا تفعل بع الجميع
بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان

ليس من اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن
والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليه في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما انه
عليه الصلوة والسلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع
اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليه ولا
يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم
لامر زايد عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ
البيع يبنى على التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع شرعا وجب صيانة لاموالهم عن التوى
وتتميما للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزايد عليه قدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا
الحال حينئذ من المطل فيفوت به التسوية وفائدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف في
المطل وهو المراد بقوله عليه الصلوة والسلام مثلا بمثل فعند فواته يلزم الحرمة وهو المراد بقوله
عليه الصلوة والسلام والفضل ربا فيعلل بعلة توثر في ايجاب التماثل فتعين القدر والجنس لذلك
لانهما يوجبانه اذ التماثل بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجودا
باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية يسوي المعنى لاستوائهما في المقصد الا ترى
ان كيلا من بر ليساوي كيلا من در او شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت وت
في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قلما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي
فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار
من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات واهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة
والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع
بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف ساير الاموال المشتركة ولما
كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس جعله الله تعالى اوسع من غيرها وكلما
اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه اكثر فتعليلها بما يوجب التوسعة على التضييق من
فساد الوضع لان معنى فساد الوضع ان يعلق وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي
خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت

انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا
فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب
التضييق اعزازا للشرف الآدمي فعلم بذلك ان قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا
فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يقتضي حكمين متضادين
في محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في امها فكذا القدر والجنس يوجبان
الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب
انه عليه الصلوة والسلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن او الكيل لا غير فعلم
بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال الربوية هي التي تكون
من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال فليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون لا محـ
محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من
الحنطة والشعير من الذهب والفضة لعدم ما قلنا **قال** يحرم الفضل والنسا
بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا **قال** والنسا فقط باحدهما اي يحرم
النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر
كالهروي بالهروي لقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف
شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وغيره من ائمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون
لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم
بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لانه شبهة الفضل وليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل
بقدره ولا يقال احدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شبهة فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا
لانا نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في بعض ربا الفضل
حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل وجه وان جمعهما جاز النسا ايضا كالنقدين
مع الزعفران ونحوه لان صفة وزنهما مختلفة اذ النقدين يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين
ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين

صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النسا والذي يدل عليه انه عليه الصلوة والسلام قال من اسلم فليسلم
في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في راس
المال ولو لم يجز لكان رده بالرأي وهو لا يجوز **قال** ـــ وحل ما لعدمهما اي حل
التفاضل والنسا بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا
والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة الا ترى ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل
الله البيع فيجرى على الاطلاق فيما لم يجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل **قال** ـــ
وصح بيع المكيل بالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه
متساويا لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون بجنسه المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا
احكامه فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون عينا لانه لما
لم يستعمل الا في وعاء لشق عليه وزنه بالامنا والصنجات في كل وقت بالوعا فقدر الوعا بالامنا
والامنا فاكتفى به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله ثم قال في الهداية وان كان موزونا فلو بيع
بمكيال لا يعرف بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه انه اذا باع
ما يباع بالاواقي بمكيال غيره او باقي سوا لم يجز بان باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقي
فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين لو تساويا في كيل
واحد وجب ان يستويا في كيل اخر ايضا ولا تأثير لكون الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف
تفاوتهما وفي النهاية قال الاسبيجابي فائدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا
في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا احسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه
الا الوزن يجوز وهذا احسن وقيل قياس الموزونات غير انه يؤدي الى انه يجوز بالاواقي
ايضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل
قال ـــ رحمه الله وجيده كرديه يعني جيد مال الربا ورديه سوا حتى لا يجوز بيع احدهما
بالاخر متفاضلا لنهيه عليه الصلوة والسلام عن ذلك فيما رويناه من حديث ابي سعيد وابي هريرة حين
قال له الرطل انا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم
الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا

قال

قال ـــ ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وقال الشافعي يعتبر التقا[بض]
قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما رويناه من حديث عبادة بن الصامت
فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام
قال الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء
وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز
الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء اي خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول
القبض ولهذا اشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة
كالمصوغ منهما ولان قوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في
حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما ومجاز في الاخر واياما كان فلا يجوز الجمع
بينهما لما عرف ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولانه يؤدي الى العاقد
القبض بان يقبض احدهما دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان المقبوض منه يزيد على غيره
فيفوت به التساوي وهو الشرط **ولنا** انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه
اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف
لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المقبوض
بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روي التعيين غير ان ما يتعين به يختلف فالنقدان يتعينان
بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنيي المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما
شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية لان الثمن
لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقا شبهة عدم التعيين
باعتبار الاصل اذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة **قال** ـــ وصح بيع الحفنة
بالحفنتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشيا ليست
بمكيل ولا موزون فلم يدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام احد شرطيها وهو القدر ولهذا
يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع
بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون

نصف صاع او اكثر لم يجز الامثلا بمثل لوجود المعيار من احد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى
هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذة من ذهب او فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا
اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم او الثمنية وقد وجد
قال ــــــــ والعكس بالفلسين باعيانهما اي البدلين باعيانهما بان كان الفلس
معينا او الفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا
يتعين بالتعيين ولهذا اذا قال الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان
يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين يؤدي الى الربوا اذ يحتمله بان ياخذ بايع الفلسين اولا فيرد
احدهما قضا بدينه وياخذ الاخر بغير عوض او ياخذ بايع الفلس الفلسين اولا ثم يقبض الفلس
الاخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كانا بغير
اعيانهما او احدهما بعينه والاخر بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست باثمان خلقة وانما كانت
ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فيبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء
اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان
ثمنيتها باصل الخلقة فلا يبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربا
بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يؤدي الى الربوا على ما بينا • فان قيل
اذا بطلت الثمنية وجب ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه
متفاضلا • قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد
وكم من شيء معدود ولا يكون ثمنا الا ترى ان الاواني من النحاس او نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع
بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف ان المعتبر في كونه موزونا
او مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر
في محل النص للاستغنا بالنص ولهذا اذا كانت المستنبطة خاصة لا تعتبر اصلا بخلاف المنصوص
عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا كسدت

الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا يجري فيها احكام الاثمان من
حفظها فكذا لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها ان تكون عروضا فاصطلاحهما
على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولراي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا
لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف راي الكل قال ــــــــ واللحم بالحيوان
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم
المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون قدره مقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه الصلوة والسلام
عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة
فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما
جنسا وهذا لان الحيوان ليس فيه مالية اللحم اذ هي متعلقة بفعل شرعي وهو الذكاة الا ترى
انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأنا
خلقا اخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا اخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا والزيت
مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما
بالاخر لان المتاخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه
لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده
ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير
مسلوختين بيعت احدهما بالاخرى قال ــــــــ والكرباس بالقطن وكذا بالغزل
كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا او قطنا وكذا القطن والغزل موزون
والثوب ليس بموزون وكذا لو باع القطن بغزله قال محمد يجوز كيف ما كان لاختلاف الجنس
بينهما لان الغزل لا ينتقض فيعود قطنا وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن
قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص
اكثر مما في الاخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون
الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع
شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او لبن يشترط ان يكون الصوف او اللبن

اكثر ما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهذا نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجى **قال**
والرطب بالرطب او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب يعني متماثلا اي اما الرطب بالتمر فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه الصلوة والسلام حين سئل عنه اينقص الرطب
اذا جف فقيل نعم فقال عليه الصلوة والسلام لا اذا فاسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه
اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار
نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز التفاوت بعد الطحن وله قوله عليه الصلوة والسلام في الحديث
المشهور والتمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه
عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الثمر حتى يزهي فقيل وما تزهي قال تحمر وهو اسم له من اول ما ينعقد
الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عليه الصلوة والسلام التمر بالتمر
مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم ولانهما جنس واحد في الحال وانما التفاوت في المال لذهاب جزء وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة
بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيئا وما رويناه لم يصح لانه
مدار على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على ان السائل كان وصيا في
مال يتيم او وليا لصغير فلم يره عليه الصلوة والسلام بهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه
نمنع من بيع الجيد بالردي في مال الربوا لما ذكرناه وهو بيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه
ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة بينه
وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية لان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على ما بينا ولم
نوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله
فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع البسر بالرطب لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر ينعقد عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله
وهو عددي متفاوت وهو اول ما ينشق عنه النخل فيتبع لانه يستور في جوفه والتفاوت فاحشا
لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او مبلولة او يابسة جاز البيع وكذا لو
باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف

اذا

وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهذا بعد اليبس والفرق له
بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب بالرطب بيع غيره جميعهم ان
التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع ابقاء احدهما
على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال
ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف لاطلاق
قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر
والشعير على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما رويناه من
حديث زيد بن عياش على ما بيناه من قبل **قال** واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا
ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة
والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى البعض في الزكوة واسماؤها ايضا مختلفة
باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون
بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام فلو اعتبر العام
لجاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم المعز والضان او لبنهما او لحم العراب
والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم احدهما الى الاخر في تكميل
النصاب في الزكوة فكذا اجزاؤها ما لم تختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان وبتبدل بالصنعة
لانه بالتبديل تختلف المقاصد ولهذا بيع الزبيب المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربى بالبنفسج بغير
المربى منه متفاضلا واما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل
بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف
الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا
لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد **قال**
وان كانت كلها من الضان
والخبز بالبر او الدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه اصلا لان بينهما شبه المجانسة
في الحال ولا يعرف التفاوت بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول
اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا واللبن والدقيق كل منهما

الغذاء ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتأخرة لامكان ضبطها
وان كان الخبز هو المتأخر او السلم فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والعجن والنضج واما
عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول
لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم
ذكر في نوادره انه على قول ابي حنيفة ومحمد لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز
استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لما ذكرنا انه كالسلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز
السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن دون العدد لان العادة تتعارف
بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال ـــــــ لا بيع البر بالدقيق او بالسويق
يعني لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختلف الاسم
اخر فيحرم بشبهة الربا لان احدهما بر والاخر اجزاؤه او احدهما دقيق والاخر اجزاؤه وبعد
الطحن لم يوجد الا تفرق الاجزاء والجمع بالتفريق لا يصير جنسا اخر فبقيت شبهة الشبهة
وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم غير ان المعيار فيهما الكيل وهو
غير مسوي لهما لانه اي البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن
بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسوي لهما فامكن التساوي
بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى
وبه ثبتت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال ـــــــ
ابو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين
او احدهما لا يجوز واذا باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا
ولا متساويا عند ابي حنيفة وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم
والمقصود الا ترى ان احدهما لا يصلح لما يصلح له الاخر وهو امارة الاختلاف غير انه لا يجوز ان يباع
احدهما بالاخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي يوسف انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة
ولهذا لا يجوز ان يباع بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل الاخر
وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الجزآن لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء لا يخالف الكل

(هامش: خلا)

وبفوات بعض المقاصد لا يخرج بان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل الاخر ومعهما على ما
بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم
لا يدل على اختلاف الجنس الا يرى ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل
ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس
قال ـــــــ والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما
في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر ليكون قدره بمثله
والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما باعتبار ما في ضمنهما وان اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة
والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الاخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم
ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ على العقد
الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمتحقق الا ترى الى ما روي عن جابر
انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي
وروي عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله
عنه كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم
مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والكرخ
باعتباره فان قيل على هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بان يصرف
كل جنس الى جنسه قلنا يتأتى في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر
بنواه وكل شيء لثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة
كتراب الذهب اذا بيع بالذهب وتراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب او الفضة
اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء حتى لو جعل فسد لربا الفضل
قال ـــــــ ويستقرض الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يستقرض
بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال ـــــــ ولا ربا بين السيد
وعبده لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين يستغرق برقبته فان كان عليه دين
لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير

(هامش: انه يجوز ح)

فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين لانه اذا اخذ
بسبب عبد المديون بعوض يعد له استخلاصا بعيد شرا المجعل اخذا بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه
درهمين بدرهم يرد الدرهم الزايد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم
لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان
لا ربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكي العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيرها يجري
قال — وبين الحربي والمسلم ثم اي لا ربا بينهما في دار الحرب وكذا اذا تبايعا
بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جايز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان المسلم التزم بالامان
الا يتملك ما لهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع على المستامن
منهم في دارنا ولهما قوله عليه الصلوة والسلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح والعقد
الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه
برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي
دون التمليك وكان الملك في حق الحربي زايلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلا على مال
مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم
يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق قال رحمه الله

العلو لا يدخل بشرا بيت وبشرا منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه
او منه ودخل بشرا دار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشرا بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه
وبشرا منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشرا
الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح
للبيتوتة والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص
عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحايط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف
والعلو من اجزايه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما اشتمل عليه
بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه لانه ليس فيه اصطبل مكان

٥

لشبهه بها فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر
توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بنا على عرف اهل الكوفة
وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سوآ باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانة سوآ كان
صغيرا او كبيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر من
كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل لان الدار اسم لما ادير عليه الحايط والكنيف منه فيدخل بذكر
الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار ويدخل
بين الآبار والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان اكبر منها
او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا
فصار تبعا لها قال — لا الظلة الا بكل حق اي لا تدخل الظلة في بيع الدار
الا اذا قال بكل حق او بنحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل من غير
ذكر شي مما ذكرناه اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة انها
خارجة عن الحدود مبنية على هوا الطريق فصار كالطريق لانها تابعة الدار من حيث ان قرار
احد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على شي اخر فصارت تابعة من
وجه دون وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملا بالشبهين قال —
ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة اي لا تدخل هذه الاشيا
في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل حق او نحوه بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لان
هذه الاشيا تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها واصل من وجه من حيث انه
تتصور وجودها بدون المبيع وكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل في المبيع الا بذكر
الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشرا للانتفاع به وقد يشتري الطريق
بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن
الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشيا عند
عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها تصحيحا
لها الا يرى انه لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز تعيين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء

الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا تسقط الثلج فيه وقدور الحمام تدخل لانه مركب بالبنا وكذا الاعلى استحسانا
والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم للبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ
قضاؤه في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر
عليه قال والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والطلاق والنسب لان القاضي
لا يمكنه الحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فيسقطا غير ان الحرية والطلاق
والنسب مبناه الخفا فيعذر في التناقض لان النسب يبتنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد
بها الزوج والمولى فيخفى عليهم قال مسعف ولدت فاستحقت ببينة تبعها
ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة مطلقة مثبتة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل
ولهذا يرجع المشتري على البايع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به
الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق
في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على
انشاء الملك بحال فيجعل اقراره عليه به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك
بشهادتهم للمستحق اذا لم يكن المال له قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوايده
ثم قيل يدخل الولد بالقضاء في الام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح
لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوايد لم تدخل الزوايد تحت الحكم لانه
منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية ان الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدع المقر له اما اذا
ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال واذا قال عبد لمشتر اشترني فانا عبد
فاشتراه فاذا هو حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة فلا شي على العبد والا رجع
المشتري على العبد والعبد على البايع بخلاف الرهن يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتهنه
فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سوا كان الراهن حاضرا او غايبا وعن ابي يوسف
انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما

فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبد ولم يزد على ذلك هذا لان ما يوجب
الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا او غايبا كالرهن وحقيقته انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا
والامر بالشرى وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك
هذا الطريق فانه امن او قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم وكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان
ما عطب بسبب ذلك لما مر ووجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه وسلامة الثمن للمشتري
عند تعذر استيفائه من البايع لانه انما اقدم على الشرا معتمدا على كلامه فيكون بذلك بمنزلة المغرور حقيقة
والمغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضة
تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حريته الاصلية اوجبنا الضمان وتعذر الاستيفا من جهة البايع
يواخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه
ديون ثم ظهر انه حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرما فيجعل المولى
كانه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفا
لعين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا يرى ان الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف وراس
مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف
المستشهد به من الامر بالاكل والسلوك او كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة والامر
الاجنبي لا يعبا به ولا يلتفت اليه بخلاف ما اذا قال اشترني او قال انا عبد ولا يزيد عليهم لان الحر
يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا
ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البايع لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير
الرهن اذا قضى الدين ليخلص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسئلة على قول ابي حنيفة فان الدعوى
شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى
فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلت قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع
في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين امة
في حرمة الاصل فيحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوقه تعالى الدعوى ليست بشرط

كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو دخلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور
ويكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه لعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى
العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارية لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة
الدعوى وقبول الشهادة فيما يخفا الحال عليه فيعفى التناقض فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد
نقل من دار الحرب ولا يعلم بحرية ابويه او بحرية احدهما باسلامهما او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق
فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض كالمختلعة بعد البينة ان
زوجها طلقها ثلثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة **قال**
ومن ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء لان دعواه يجوز ان يكون
فيما بقي وان قل فما دام في يده شيء لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا انه عوض عما لا يملك فيرده
ودلت المسئلة على ان الصلح عن مجهول على معلوم جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا
خلا عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وقد ذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى
ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيح لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على هذه
الصورة لا تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ يصح الصلح الا في
دعوى الاقرار ودعوى المقدار من الدار لانه معاوضة او لا فبدل اليمين والمعاوضة لا تجوز في المجهول
وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل
وهذا اذا لم يقدر الحق بشيء وان قدره بجزء معلوم بربع مثلا او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده
ذلك المقدار وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه **قال** ولو ادعى
كلها رجع عليه بقسطه لان الصلح على مائة وقع على كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك
ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض **قال** ومن باع ملك غيره فللمالك ان
يفسخه او يجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله اي للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان ن
والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحاله والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز حال
وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا
والشراء لا يتوقف على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا

يتوقف

يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي رح لا ينعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا يجوز
باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد
منهما فيلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما يتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث
عروة بن الجعد البارقي ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له به شاة فاشترى له بها
شاتين فباع احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه
رواه البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب ابن ابي ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله
عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى اضحية بدينار فربح فيها دينارا فاشترى مكانها فجاء
بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذي
وهذا اجاز بيعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن التصرف
صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل
والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة
فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط
رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع المتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فتثبت القدرة الشرعية
احرازا لهذه المنافع على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا
يوجد مثل التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لاخيه مثل ما يرى
لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا مجرد السبب فاذا لم يفد الحكم لا ينعقد
وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غير مالك فيلغو قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا
لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهذا لو اعتق
المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلا حكمه شرعا واما اذا تأخر
فلا لان العلة قد يتأخر حكمها لعارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما وكالراهنين
اذا تبايعا رهنا بغير اذن المرتهنين فكذا الطلاق المضاف الى شهر سبب للحال وتأخر
حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم وتأخر الوجوب في حق المسافر والمريض ولا
يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي

اوهو بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتضمنها ضررا عليه الا ترى
ان الولي لا يملك انشاها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه
الولي كالنكاح والاجارة والبيع من غيره بغبن توقف حتى لو اجازه الولي او هو بعد بلوغه جاز فان
قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع
قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او الآبق لا يجوز للنهي الوارد فيه
فكذا هذا بل اولى لان الآبق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى قلنا
كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض منعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق في رواية
حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
انه يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يأتيني
فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها واسلمها له فقال عليه الصلوة
والسلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد وانما يشترط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين
والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء
ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه فاذا
اجازه المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك
بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا
للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا الا يشترط في
النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا
من الثمن يكون للمالك اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك
اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر
ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته في النقد لا في العقد ثم
وجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال
الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا
وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب عليه قيمته لان النكاح على العبد

مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار جانب
البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو
خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه التوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول
البيع بالعين والدين فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ولو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث
في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصي او الاب اذا توقف
على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه
وانما توقف اليه وبخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وان كان يملك وطيها ثم مات المولى حيث
تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان بمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف
فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطي ابنه حتى لو قدر في الشراء ايضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له
وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول
ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لوقوع الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ـــــــ ومن اعتق مشتريه من
غاصب باجازة بيعه لا بيعه • معناه لو غصب رجل عبدا او باعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك
البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه
ايضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلوة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد
الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة انما يثبت الملك
بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل
لما روينا لانه عليه الصلوة والسلام ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه
الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشتري
حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتق
المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم
اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب
والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه

ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب
الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك
ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن
فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة
بالدين فاجازت الغرما البيع او اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم قضى الدين
او ابرا الغرما منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشي اذا توقف توقف
بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما
يملك ضرورة ادا الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال ولا
سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب له ضرورة عند ادا الضمان والعتق
وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده
في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود او موجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله
وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي
انما يثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب
في حقه والعين يتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب
اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري ثبت مطلقا
بسبب مطلق وهو الشرا فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري
لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع الا ترى ان ملك
المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما بطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب
منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشتري الاول وهو البايع الثاني ملك بات فاذا طرا على ملك
موقوف لغيره ابطله لا يتعلق له الملك البات والملك موقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا
مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه للمالك بل كان هذا اولى
بالامتناع لان الملك البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرتفع بعد ثبوته فاولى ان يمنع من الثبوت
لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع والرفع انما يكون عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف

لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قايم بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي
فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف انما هو في حقه لان الفضولي عارض فوقع التعارض
فيدفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب بعدما باعه ينفذ بيعه وقد
طرا على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع
للملك فلا يجعل ثابتا في محل البيع فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى ان عند
محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد
في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي
الى وقت الاجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات المطلقة
قال ولو قطعت يده عند المشتري فاخذ ارشه لمشتريه اي لو قطعت يد عبد
باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش اليد للمشتري لان الملك يثبت له من وقت الشرا فتبين ان
القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او ولد او عقر قبل الاجازة فهو للمشتري
لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوايد كالمكاتب اذا قطعت
يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبايع فاجاز
البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل
ومع الخيار للبايع لا يثبت للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون
الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما ثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق
استحقاق الزوايد **قال** ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم
الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد وكان ثابتا من وجه دون
وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن
لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف
القيمة واذا دخل في ضمانه ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه
شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة **قال** ولو باع عبد
غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل

لبطلان دعواه للتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان
الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا
بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكره في الزيادات ان البيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في
دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك
ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى وفي
مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع
في مسئلة الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما
اذا اقام البينة على ان البائع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضا
فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان البائع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا
يصير متناقضا فيقبل بينته ولو اقر البائع في مسئلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره بالبيع
بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده
فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فيصدق في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم
ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه برئ بالتصادق
وعند ابي يوسف له ان يطالب فاذا ادى رجع به على البائع وهذا بناء على ان ابراء الوكيل المشتري عن الثمن
صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله
فاذا اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار
ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان
موقوفا فان طلب المشتري تاخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لا يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق
فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين ولو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا
وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع ان يحلف
رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان نكل ضمن البائع ونفذ امره ببيعه كالغاصب اذا
باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع واقام بينة على اقرار
المالك بانه لم يامره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما

اذا اقامها على هذا الوجه حال حيوة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصل فيه فيمتنع بالتناقض
وبعد موته نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حيوته لا يكون متناقضا فكذا نايبه ولو ورثه
البايع فان ادعى غيره بجحود المالك تسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا بخلاف شريكه البايع حيث يكون
متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله ما يعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ
نصف العبد ورجع المشتري على البايع بنصف الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه
وهذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر ولو انكر فالقول للامر حتى يقيم البينة على ملكه ولقائل
ان يقول ثم كيف يسمع بايعه من خصومته كيلا يصير البايع ساعيا في نقض ما اوجبه قال
ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه
ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع الدار لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري
ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا
الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله
وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البناء في ذلك

باب السلم

هو بمعنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع
بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا
وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس
فلا يجوز تغييره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الا ترى الى ما روي انه عليه الصلوة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال
ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول اية وتلا قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لان السلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير
مملوك او مملوك عجز عن التسليم لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال
فما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه • لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال صلى الله عليه وسلم

من اسلم في تمر فليسلم في كيل ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة
قدره وقد شرطه عليه السلام **قال** وما لا فلا • اي ما لا ينضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه يكون مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون **قال** فيصح في المكيل والموزون
الثمن لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما اثمان وليعلم
حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما
يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن موجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين
بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان المعقود في السلم المسلم فيه وانما يصح
العقد في محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد فيه
وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما كالدراهم والدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر
بانفراده يحرم النسا ولو اسلم في الحنطة والشعير بالميزان وروى الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز لان
المكيل والموزون انما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا الا انه تقابل بجنسه لان المودى عن
الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز
ان المسلم فيه دين في الذمة والمودى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المودى بدلا عن
الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى
هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا **قال** والعددي المتقارب كالجوز والبيض
لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير لاصطلاح
الناس على اهدار التفاوت ولهذا استوى قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ
والرمان لان احادهما متفاوته ولهذا اختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن ابي
حنيفة انه لا يجوز بيع النعام لتفاوت احاده في المالية ويجوز السلم في هذه كيلا ايضا وقال
زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا
ايضا لانه يودي الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل
والقثاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما

ايهما كان اذا كان يعرف قدره بها **قال** والفلوس لانه عددي يمكن ضبطه
فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح كالنقدين
واذا كسدت صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر
المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده
وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين
قال واللبن والاجر ان يسمى ملبن معلوم لان احادهما لا يختلف اختلافا يفضي
الى المنازعة بعد ذكر الاله **قال** والذرعي كالثوب بين الذراع والصفة والصنعة
لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يودي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان
وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به **قال** لا في الحيوان وقال الشافعي يجوز
السلم فيه اذا تبين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا
ورد رباعيا ولانه بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب
ولنا ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ولا يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا
بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن ويتفاوت قيمتهما لاختلاف
المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والامانة والشكل قال قائلهم
الارب فرد يعدل الالف زائدا • والف تراهم لا يساوون واحد
وكذا سائر الحيوانات تختلف اختلافا يودي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في اللقاءات
والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بالة فاذا اتحدت الالة والصانع يتحد
المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روي انه عليه الصلوة والسلام استقرض بكرا فالمراد
به انه عليه الصلوة والسلام استعمل في الصدقة ثم لم يجب الزكوة على صاحبها فرد رباعيا واستقرض
لبيت المال لانه يجوز ان يثبت حقا مجهولا على بيت المال كما يجب لحق مجهول وما روي انه عليه الصلوة
والسلام اشترى العبد ابعبدين الى اجل كان قبل نزول اية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النسا
كان ذلك في دار الحرب لا يجري الربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل جميع
انواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل **قال** والطرافه يعني

لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع وللتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل
هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم
فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساو له فلا يمكن ان يجعل تبعا للحم فيبقى
معتبرا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل فامكن
جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه **قال**
والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيها الا ان يبين
فيها ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم فيها لامكان
ضبطها وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن **قال** والحطب
حزما والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل
الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز
قال والجوهر والخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي
صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به
قال والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه ان يكون
موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس
او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت
وقال الشافعي يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه
قبل ذلك **ولنا** ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي
قالوا وما تزهي قال تحمر وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري
وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمتبايع رواه
البخاري ومسلم وجماعة اخرى وفي لفظ حتى يبيض وتامن العاهة وهذا نص على لا يجوز في المنقطع في
الحال اذا الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع احد بيع مال يعين ينتفع به
في الحال او في المآل وقوله عليه الصلاة والسلام فبم يستحل احدكم مال اخيه وهو راس مال السلم
يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من المبيع ولان دوب

القدرة

القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه في كل وقت بعد العقد يحتمل وجوب المسلم اليه لان
الديون بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على
خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المتحمل في باب السلم كالواقع ولان
القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع
عن ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفي السلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد واخذ راس
ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد راس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا
هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح والعجز عن تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال
فيتخير فيه كما اذا ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه فوات لا الى
خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع لانها لا تفوت اصلا ولا
يرجى زواله ولو رجي لا يعلم متى تروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم اوانا
معلوما فيتخير **قال** والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك الطري لانه
ينقطع عن ايدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك واسلم فيه
من وجه جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف
الناس في نوع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها **قال** وصح وزنا لو مالحا
اي كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا الا ان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي
الناس وهو معلوم ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه • وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان الصحيح
في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان **قال** واللحم اي لا يجوز
السلم في اللحم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز اذا بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته
وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن
بالمثل عند الاتلاف ويجوز استقراضه وزنا وهو لا يجوز الا في ذوات الامثال ويجري فيه
ربا الفضل لعلية الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع
منه والعظم فيه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز كالنقض والمشمش والخوخ الغري والنقض الالية
العظم ولابي حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة

فما يعد سمينا في الشتا يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة ويجري فيه المماكسة
فالمشتري يامر بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع
وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف العظم في الالية فانه معلوم ولهذا
لا تجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يصح على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين
لا ينتفي الحكم بانتفا احدهما لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية
بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولين سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن
ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق
السلم في اللحم وما لا يجوز ان فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف
فيه ثابت **قال** ومكيال او ذراع لم يدر قدره • اي لا يجوز السلم بذراع معين
او مكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث
يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه
في اول البيوع وفي الهداية لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان
مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء لتعامل فيه كذا عن ابي يوسف
وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف
قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه كيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس او التجويز
في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بانا لا نعرف قدره
ويشترط مع ذلك الا ان لا ينكبس ولا ينبسط ويفيد فيه استثنا قرب الما ايضا **قال**
وبقرية ونمر نخلة بعينه • اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة فلا يقدر على تسليمه واليه اشار
عليه الصلوة والسلام بقوله اذا منع الله الثمر فبم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع
بان كان لا نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق
قال وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل لقوله حنطة سعية
جيدة عشرة اكرار الى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشيا • وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لجوازه
لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل

فيه

فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال
بمال فيكون فيه الاجل جايزا تدفيها لا شرطا كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر
ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه وكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا
على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس
المال على رب السلم اولا قبل القبض بخلاف الكتابة على اصلها فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشي
فلا يقدر على الادا في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام
من اسلم فليسلم في كيل ووزن معلوم الى اجل معلوم فيشترط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان
لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلوة شرعت بوصف فلا توجد بدونه
والرهن شرع مقصودا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من خرج دار فليدخل عاض البصر لا يجوز
له ان يدخلها الا وهو كذلك ومن قال من اراد ان يصلي فليتوضا وما رواه حكاية حال فلا عموم لها
لاحتمال ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيثابو بسبب
القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله فيكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل
هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع
تعيينه كالابق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع او عند عدم القدرة على
التسليم حرام وانما جاز بيعه في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لا روينا والرخصة
اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم
لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل او الحصاد فاسقط التعيين
لحاجة المفاليس وعوض الاجل ليقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف
الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى
جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يبطل رخصة
لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر لان الكتابة عقد ارفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يضيق
عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا اذ العبد وكسبه له ولما السلم فعقده بخلافه
وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيوخذ

بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل واللازم ان يكون العوضان فيه بحسب تسليمها
في المجلس لغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا انما هو معنى الرخصة
لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا لدفع الهلاك وانقلب ضررا عليهم ولا نقال لو كان مشروعا لدفع
حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم عليه
الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها
كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليها وشرط ان يكون
الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال ________
واقله شهر اي اقل الاجل شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه عاجل الا ترى
ان المديون اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر
في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام رواه الطحاوي وعن اصحابنا اعتبارا
بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن
المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى
عرف الناس في التاجيل في مثله فان اجل قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح
وبه يفتى قال ________ وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود اي شرطه بيان
قدر راس المال ان كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة
والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة مع جهالة قدره
بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة كجهالة القيمة فلا تشترط معرفته كما لا تشترط معرفة
القيمة وعن ابي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر راس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بان ينفق
بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود
ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله
وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بمكيال معين او بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه
ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعد ما انفق راس المال فيفضي انه لا
يدري كم يرد فيفضي الى المنازعة والى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع

اذا كان العقد يتعلق على مقداره غير المعلوم والمعدود وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ... راس المال

المعدوم الا ترى انه عليه الصلوة والسلام قال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه بخلاف
اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بيناه
من قبل بجهالته لا يؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس
مال احدهما بان اسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد من راس المال
لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما او اسلم جنسين ولم يبين
قدر احدهما بان اسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر مثلا فبين قدر احدهما ولم يبين
الاخر لان راس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخص من المسلم فيه والمراد
بالمعدود هنا ما لا يتفاوت احاده لانه حينئذ يتعلق القدر بقدره لانه من المقدرات
قال ________ ومكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء اي شرط جوازه بيان مكان ايفاء
المسلم فيه اذا كان له حمل او مؤنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد
لان التسليم يوجب العقد فيتعين موضع وجوده كما في البيع ولهذا اوجب تسليم راس المال
في ذلك المكان فكذا البدل الاخر اذ العقد يوجب المساواة لان السبب الموجب للاحكام المتعلق
به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده ولانه مكان يعينه له مكانا اخر بالنص فيتعين له
ذلك المكان لانه لا تفوق الا له بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد
لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه
ان يكون اجارة في بيع فيكون مفسدا للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا
يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك
غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر فيتعين ضرورة كاول اوقات الامكان في الاوامر
المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابي حنيفة ان تعين مكان العقد ما بالتعيين
صريحا او ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا فيكون
التسليم متاخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم في الحال
فيتعين موضع وجود السبب ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد فيما اذا عقد في لجة البحر وفسادا
لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر بقي مجهولا جهالة تؤدي الى المنازعة فيفسد كما حلاف

الصف لان قيمة ماله حمل ومونة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصف الا ترى
ان الحطب في المدن اغلا منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفا يوجب
التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما
حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما اختلافا في البدل
وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا
الاختلاف في الثمن والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومونة وهي دين في الذمة صورته بان اشترى
شيا او استاجره بحنطة في الذمة موصوفة او اقتسما شيا وجعلا لاحدهما كيلا موصوفا في الذمة
الى اجل فعنده يشترط بيان مكان الايفا في الصحيح حتى يفسد اذا لم يتبين وعندهما لا يشترط
فيسلم في مكان المبيع ومكان تسليم العين المستاجرة وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز
لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة
من مصر واحد ولهذا لو استاجر دابة ليحمل عليها بالمصر فله ان يحمل في اي مكان كان وكذا
لو دفع مال المضاربة الى رجل ليعمل في المصر فله ان يعمل في اي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر
عظيما فان كان عظيما يبلغ بين نواحيه نحو فرسخ لا يجوز ما لم يبين ناحية منه لان جهالته تفضي
الى المنازعة ولو شرط ان يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان المنزل مجهول
وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاوه في
منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفا فيه وقيل لا يجوز لان الحمل
لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الايفا وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط
ان يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه لا يملكه بالايفا ثم اشتراط الحمل يكون اجارة في بيع فلا يجوز

قال ــــــــ وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة سوا
بينا مكان الايفا او لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو
وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفا يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قوليهما لانه موضع الالتزام
وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين تعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق فيتقيد
وحاصله ان فيما لا حمل له ولا مونة كالمسك والزعفران وما اشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان

الايفا بالاجماع وان اختلف رواياتهم في التخريج في اي مكان يجب تسليمه على ما بينا

قال ــــــــ وقبض راس المال قبل الافتراق اي شرط جواز السلم قبض راس
المال قبل ان يتفرقا والمراد شرط بقايه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن
قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبي على اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل
الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك
بين ان يكون راس المال مما يتعين او لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو
منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط
الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع
ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمام
مبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكان
ما رده عليه بخيار الرؤية اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في راس المال
وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان
خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض بخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض
حتى لو اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه
ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه
يمنع انعقاد في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق جاز اذا كان راس المال قايما عند اسقاط الخيار وزواله فلان الانام ... ينعقد
بالابتدا وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد وقع فاسدا فلا يعود صحيحا عنده على
ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتاجيله وبيان مكان الايفا والقدرة
على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام راس المال جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه
والمراد بالقدرة على تحصيله ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل **قال** ــــــــ
فان اسلم مايتي درهم في كر بر دين له عليه ومايه نقدا فالسلم في الدين باطل اي في حصة الدين لانه دين
بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد ولانه طاري اذ المسلم

وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد ما بقي قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه
يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين فهلك احدهما
قبل القبض يبطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل
فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد
الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان يضيف اليها كما في الكتاب او يضيف
الى جانبين مطلقا ثم يجعل المائة من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المفسد يخصهما
وهو كون الفساد طاريا اذ لا يتعين باضافة العقد اليه الا يرى انه لو باع عبدا بدين ثم تصادقا ان لا
دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث يبطل البيع
لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل
واذا انتقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن
للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له على آخر
مائة درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في الدار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا
واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة
العين وهي مبنية على اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن زفر ان السلم في الكل باطل في الجنس
الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في العين لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته
في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعيين الدين ثم فساده في البعض
لا يتعدى على ما تقدم وانما هذا مذهب ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله
ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع والدليل
ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف
في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال يستحق القبض في المجلس
والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا يرى ان قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا
سلمك او راس مالك يمنع التصرف فيهما حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية
تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبهة بالمبيع حتى لا يجوز

تفويت

تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع فاخذ حكمه قال رحمه الله فان تقايلا
السلم لم يشتر من المسلم اليه براس المال شيئا يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه الصلاة والسلام
لا تأخذ الا سلمك او راس مالك اي سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال
ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه
فتعين ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا
كالمسلم فيه قبل القبض فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة
الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها كحكمه في البيع
الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما يحرم قبلها الا انه لا يجب
قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه
وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمه الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما
بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه
قال رحمه الله ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا او
امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان
صفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد
في الاول وهو ما اذا امره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا ولهذا جاز والاصل
فيه ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحمله
ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة في الصحيح فان قيل
بيع المسلم اليه مع رب المال سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا لرب السلم بعد الشراء
فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه
حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال وكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه
بجنسه جائز الا يرى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا
حقيقة وحكما فثبت انه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا
فامر المستقرض المقرض بقبضه قضاء بحقه حيث يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى

ينعقد بلفظ الاعادة فكان المقبوض عين حقه تقديرا ولو لم يكن استبدالا ولو كان استبدالا
لزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه لنفسه
من غير اعادة كيل **قال** ولو امر رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضا
بخلاف البيع • يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغرارة وامر المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم
فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو كان السلم مشتريا بان اشترى برا
معينا ودفع المشتري الى البائع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل سلم الى البائع والمشتري
غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف البيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم
يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا
الى المديون وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح واما المشتري ملك الطعام بنفس الشرا فصح امره
لمصادفة ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا في امساك الظرف فيكون
الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل في
الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن او بالقائه في البحر ففعل يكون على الامر في الشرا وتتقرر الثمن
عليه وفي السلم على المامور لما قلنا • فان قيل البائع لا يصلح ان يكون وكيلا للمشتري
في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور ان يكون
وكيلا له هنا قلنا لما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا ولم يثبت
قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلا بينه وبين الطعام يصير قابضا
لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان
المشتري صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا يصح العارية لانها لا تتم بدون القبض
فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البائع
ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار
قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين فلانه خلطه بماله فيملكه بالاتصال به كمن
دفع لصائغ فضة وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة
وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله

والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ
بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه
عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا وان بدا بالدين
لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه
قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده
البداية بالعين فلم يتحقق برضاه به حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف يصير قابضا
لهما جميعا كما اذا بدا بالعين لانه لما كان الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البايع قابضا
له لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا
ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين
لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل باق على ملك البايع وصار مستعيرا للظرف ولما كان
العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان
فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القبض بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه
في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضي خان وذكر صاحب الهداية ان
المشتري بالخيار عندهما ان شا نقض البيع وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس
باستهلاك عندهما **قال** ولو اسلم امة في كر وقبض الامة فتقايلا فماتت
او ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها
رب السلم بحكم الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على
حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه
قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقا العقد وهو ببقا المعقود
عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية
فصحت الاقالة ابتدا وكذا تبقى بعد الهلاك لان البقا اسهل من الابتدا فاذا انفسخ العقد
يجب عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية
ثم تقايلا بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقا احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمته

الهالك لا متلتى **قال** وبعكسها شراؤها بالف اي بعكس مسئلة السلم اي
عكس مسئلة السلم شرا الجارية بالف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت
الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتدا لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة
بعد هلاكها ابتدا ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث يصح
الاقالة ابتدا بعد هلاك احدهما ولا يبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه
مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقا احدهما فحاصله ان هذا الجنس ينقسم الى اربعة اقسام احدها
الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد
ذكرنا حكم الثلثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين
او كلاهما او هلاك البدلان واحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه
في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غير
فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا
لو كان المقبوض باقيا كان لهما ان يردا غيره بعد التقايل **قال**
رحمه الله والقول لمدعي الرداءة والتاجيل لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط
الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الاخر لم نشترط شيا كان القول قول من
يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ المسلم فيه لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان
الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويباشر المباح
ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما التعنت كان
باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فذلك عند ابي حنيفة ان اتفقا على
عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة ان نقول لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة
فقال المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيا كان القول قول المسلم اليه لان رب
السلم متعنت في انكاره الصحة اذ الظاهر ان العلم مع رداته يزيد على راس المال وكلام المتعنت
مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي انكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول
لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه

لم يكن له اجل كان القول لرب السلم عندهما لان المسلم اليه متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل
وهو حق له فكان باطلا **قال** قيل المسلم اليه لعين متعنت لانه يدعي فساد العقد وفيه
نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم
فيه عادة فوجب ان يكون القول له لا نكاره **قلنا** الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه
بين العلما فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط السلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف
عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط
المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه
وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار
الاجل اليه ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكر رب السلم فالقول للمسلم اليه
عند ابي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل وكان القول له
وان انكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب
شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان يدعي فساد العقد لانه منكر استحقاق
الربح عليه ولابي حنيفة انهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرايطه
لان شرط الشي يتبعه وثبوته بثبوت الاصل وانكار الاجل بعد ذلك رجوع منه عما اقر به
فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي
النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة
في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة
لان كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد
دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج
لامراته تزوجتك وانت صغيرة وقالت هي تزوجتني وانا بالغة فالقول قوله وان كان يدعي فساد
العقد لانه لم يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية
قال وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم اما السلم فلانه
يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره وجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرايطه على ما بينا

من قبل واما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا
هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه الصلوة والسلام
ما رءاه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو
منهي عنه ولكن نترك العادة بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب
شربة من السقا بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر
يقعد في الحمام وكم قدر يستعمل او يشرب من الماء وكم قدر يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة
الاجماع او النص وقد قال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة
في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا
في الصدر الاول ولم يجز التعامل فيما من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل
فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز
بيعا قال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه
الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل
بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز فيها جميعا
واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك البدل في الحال فبطل
ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد
تحققت الحاجة هنا اذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع
المعدوم للحاجة اصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال ابو سعيد البردعي
المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على انه
هو المعقود عليه والاديم بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لا يشترط
ان يعمله بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وكذا لو عمل بعده
وباعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله
قال اذا جاء به مفروغا للمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء واثبت فيه خيار الرؤية وهو
لا يثبت الا في العين واما بطلانه بموت احدهما فلشبهه بالبيع وهو المقصود اجرنا فيه ما ذكرنا

من احكام البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبل التسليم لان البيع لا يبطل بموت احدهما
بل يستوفى من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر
جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع
طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما قال قيل اذا اعتبرتم فيه
معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يجبر قلنا تفسخ الاجارة بالاعذار
وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى
ما لم يره على قول من قال بالتخيير ولان الجواز الضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر
في حقه **قال** وله الخيار اذا رآه اي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم
يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ السلم
فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهنا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع
لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن ابي يوسف
انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع
فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشتري لما لم يره والصانع بائع
قال وللصانع بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختياره لانه بالاحضار اسقط
خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع يثبت اللزوم في حقه ايضا **قال**
وموجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد ان
ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما
لا تعامل فيه كالثياب ونحوها لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل
كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لان لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها اولى ويحمل
الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ويحتمل ان ذكره للتاجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع
محكم فيه فيحمل المحتمل ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم فيذكر الاجل لا يكون لازما كالعقد الشركة
والمضاربة ولان الاجل للرفقة وتاخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس ولو كان الاستصناع
بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا

لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طحان قفيزيه بعينها ونحوه بخلاف ما لا
تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد لانه يفسد اذا لم يضرب اجل فحملناه عليه ما امكن لما
ذكرنا ولابي حنيفة انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة
لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه وجواز
الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة العرفية في بعض الاشياء فكان حمله على السلم اولى
فيما احتمله بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ
الا ترى ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا في بيع
المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتاخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم لا الاستصناع
وذكر الصيغة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا الوجاب وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول
فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون السلم استصناعا بحذف الاجل لان النكاح
بذكر الاجل لا يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بذكر الاجل ما يصلح ان
يكون اجلا في السلم وقد بينا قدره من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا
ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكر على وجه الاستعجال بان قال على
ان تفرغ منه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل اذا ذكر
ادنى مدة تتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف
العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال
فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما ومتى بلغ كونه سلما ان تشترط
فيه شرائط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما اي عقيد ذلك من احكامه على ما بينا

باب المتفرقات

صح بيع الكلب وعن ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه عليه الصلوة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلوة
والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس
انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلوة

السلام

والسلام قضى في كلب بار بعين درهما ولانه مال متقوم الة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي الا ترى
ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة
والوصية فكذا بالعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا
والكلب ليس بنجس العين بخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء
الاسلام حين كان عليه الصلوة والسلام امر بقتل الكلاب لانه روي عن ابرهيم انه قال روي انه
عليه الصلوة والسلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق في
ذلك جميع انواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة يجوز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا
للتعليم قال والفهد والسباع والطيور لانها حيوان يجوز الانتفاع بها
شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والجرو ان كان ينتفع به شرعا في الحال او في المال وله
قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب
لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان
عن ابي حنيفة في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف
عنه انه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل
ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز
الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير
لقوله عليه الصلوة والسلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون محتاجون الى تبقية نفوسهم
ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب
لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى وكلما جاز للمسلمين من البياعات
كالصرف والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الزنا وغيره لا يجوز لهم الا في
الخمر والخنزير فان عقدهم فيها كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من المسلم
وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانها اموال متقومة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا وهذا لانا امرنا
بان نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها
وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا قال

ولو قال بع عبدك من زيد بالف على انى ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بالف وبطل الضمان وان
زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن يعنى زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف
على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشترى والمائة على الضامن
وقال زفر والشافعى لا يصح الزيادة ولا يلزمه وهذا مبنى على شيئين احدهما ان الزيادة
تصح وتلتحق باصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثانى ان
اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشترى اذ لا يستفيد بازاء
ما لا يقابله وفضل الثمن يستغنى عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشترى
وان لم يسلم له بمقابلتها شئ فكذا تجوز من الاجنبى حتى اذا لم يسلم له شئ فصارت نظير بدل الخلع فانه
يجوز اشتراطه على الاجنبى كما يجوز اشتراطه على المراة اذا لم يسلم لها شئ بمقابلة البدل لان
البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه وكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة ان يوجد المقابلة
تسمية وصورة حتى يجب بسبب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم يقابله حقيقة والا
الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز وان لم يقابله ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله
صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا
لم يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل
ان كلما يحصل به للاصيل بمقابلته شئ من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبى مع انه لم يحصل
لاستوائهما فى عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبى لا يرجع بها على المشترى ولا يظهر فى
حق البائع وفى حق الشفيع المرابحة حتى اذا اخذ البائع الالف من المشترى لا يحبس المبيع لاجل المائة
ويرابح على الالف لانه قام عليه وياخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت فى حقه وان
كانت من المشترى لعدم ولايته عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبى ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفى
قياس قول ابى يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان
بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر المشترى ظهرت فى حق الكل حتى يرجع الضامن
بها على المشترى ويرابح عليهما او على الالف ولا يطالب المشترى بالزيادة وان كان بامره لانه لما عقدت
من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع الحقوق اليه او لانه لا يلتزمها وانما التزمها الاجنبى فيطالب بها

هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع على الموكل وكذا هذا ولو رده بعيب
او تقايلا ترد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه دون المشترى وذكر فى الكافى ان الشفيع
ياخذها بالف ومائة فجعلها ظاهرة فى حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من
المشترى نفسه لم تظهر فى حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة فكيف يجب
عليه الزيادة بزيادة الاجنبى والمشترى لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت فى العقد
فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على انى ضامن
لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الالف ولا تثبت الزيادة لانه تعذر جعله زيادة على الالف
حيث لم يقل سوى الف ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشترى فجعل منه ثم اذا ادى رجع
عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف فى موضعه فصار من الحاصل للمسئلة ثلث صور احدها ان يقول
بعه بالف على انى ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله سوى الالف والثالثة
ان يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة فى العقد
واما اذا زاد الاجنبى بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشترى او يعطى الزيادة من عنده او يضمنها
او يضيفها الى نفسه وان زاده بامر المشترى جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشترى لانه سفير
ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى
المشترى بان يقول زدتك على ثمن العبد التى اشتراها فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع ولا يكون
مباشرا وان كان بامره بل رسولا **قال** ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده
يعنى لو اشترى امة وزوجها المشترى قبل القبض صح النكاح لوجود الملك فى الرقبة على الكمال
بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج
الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان الوطء من الزوج حصل
بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه فان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا
والقياس ان يكون نفس التزويج لانه تعييب حكمى الا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة يردها بالعيب
فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان انه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصا
فى الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله

فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع
ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع الا ترى انه لو اقر المشتري بدين
على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله
بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت بثبوت حقيقة الحرية وحقه من ضرورته يصير قابضا
قال ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم
يبع بدين البائع والا بيع لدينه اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البائع البينة
ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه فان
غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه
فلا حاجة الى بيعه فان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجاب القاضي في المنقول
اذا اقام بينة لان البينة ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب
ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ عن ضمانه والمشتري ايضا تبرأ
ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر
وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون
مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البائع ان يصل الى حقه فيبيعه القاضي
احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد
القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال لو كان هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز
فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه رفعا لما فيه من
ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه
وفي ضمنه يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باعه واوفى ثمنه فان فضل شيء من دينه
يمسك للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يبقى شيء منه يتبعه البائع اذا ظفر به
قال ولو غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد
شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبض
كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال

ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن كله لا ياخذ الا نصيبه بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن
صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع عند نقد بايفاء الثمن كله والثاني في حبس
نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البائع على قبول ما اداه
الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب
من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على
الغائب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا
يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته
كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضاء الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى
اداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى
قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء
اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث
ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول
الاخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه
الاجنبي والاصل ان الشيء متى تردد بين شبهين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند
حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه
ان يخاصمه الى الحاكم فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس
المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شبهين فلا
يختلف حكمه قال ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان
لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير
كانه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بالف
من الذهب والفضة حيث يجب في الذهب مثاقيل وفي الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف
الى الوزن المعهود في كل واحد منهما وهذا على الوفاق وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير
وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا اتفاق في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة

والغصب والاجارة وبدل الخلع وغير من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال
وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضا يعني اذا كان له على اخر دراهم جياد فقضاها زيوفا وهو
لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضا فلا يكون عليه ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما يراعي حقه من حيث
القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت
بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به
في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف
والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفا فلم يبق الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا
يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضا بالضمان عليه حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا تنقض
القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن
والمولى اذا اتلف ملك عبده المادون المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان
الضمان هنالك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرما فلم يكن الايجاب عليه بحقه قال
وان افرخ طير او باض او تكنس ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه وكان
احق به لقوله عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذ والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزا
بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشي من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا
اذا لم تكن ارضه مهيأة لذلك وان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم يضاف الى السبب
الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد او حفر بيرا فوقع فيه
صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزا ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزا
ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف
ما لو عسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى
يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الما وان لم تكن معدة ولهذا يجب
في العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر قال وما يبطل بالشرط الفاسد
ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابرا عن الدين

وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان
ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع
وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان
الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات
والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا
يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فيه فضل خالي عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك
في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ولا في التبرعات ولا يتصور ذلك
في المعاوضات ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح التصرف فيه الا ترى انه عليه الصلوة والسلام
لما جاز العمرى وابطل الشرط واصل جواب التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه
من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا
وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم
وكذا التحريضات قال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري
فاذا فرغنا هذا اجبنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشرط
الفاسد لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك
ان كان كذا ويبطل البيع به سوا كان الشرط نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول
بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو
جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه
او فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد
البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه
العقد ولا يلايمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع
والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة
بالاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدا

به

فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما
يذكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان
فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل
والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة
لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكون معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط
الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما
بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا
بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط
بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك الاحتراز
عن الجحود ودعوى الاجل فيلزمه الحال على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح
معلقا بالخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قال العبد او الكافر اذا
اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بالشرط
واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضا
لابي يوسف رحمه الله ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا برضاهما لقطع الخصومة
بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك
والاحتمال قال وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة
والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة
والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة
ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب او بخيار
الرؤية وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة من باب الربا وانه مختص
بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة
الا ترى انه عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط الولاء لغير
المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قاله

لها

لها حين اراد مواليها ان يكون الولاء لهم بعد ما اعتقها لكن الكتابة انما تفسد
بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من
البلد او على ان لا يعامل فلانا او ان يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط
تصح وتبطل الشروط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء
واما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها
فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد
اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم
اعني من القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة والصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية
اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه
الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم
يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط وما يجوز اضافته الى الزمان وما لا يجوز اضافته اليه ونحن
نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة في موضعه وانما
تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز تعليقه
بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي
يحلف بها كالحج والصلوة والتوليات كالقضاء والامارة على ما بينا واما الثاني وهو ما يجوز
اضافته الى مستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة والمزارعة والمعاملة والمضاربة
والوكالة والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك
المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافا ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة
تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه ان شاء الله وفسخ الاجارة معتبر
بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع والاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته
الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة والاجارة الا ترى ان من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها
ويراعي فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات

لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك
فيكون الاسقاط فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها
بالشرط الملايم على ما بيناه في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما
ذكرنا والايصا بالمال او بامانه تخص خدام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تملك
بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها اما الايصا الى تشخيص فلانه توكيل وقد بيناه
يجوز تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبي عن التمليك بعد اضافته وتعليقه بالشرط
واما الثالث وهو ما لا يصلح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة
والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين لان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها الى
الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في
الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما الفضل قال الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه
زيادة على الفرايض قال عليه الصلوة والسلام من انتمى الى غير ابيه او تولى غير مواليه لا يقبل الله منه صرفا
ولا عدلا اي لا نفلا ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني
النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة
الى النقل في بدليه من يد الى يد قبل الافتراق قال فلو تجانسا شرط التماثل
والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة واشتراط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان
بجنسه كالذهب بالذهب والفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق
ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان
باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت
انه عليه السلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سوا بسوا يدا بيد
فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما
وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك

ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا على دين
بدين ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة
لانها على عرض التوي دونه ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين
بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل
هو شرط صحة العقد او شرط البقا على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي ان يشترط
القبض مقرونا بالعقد الا ان حالتهما وقبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد
القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقا على الصحة فلا يحتاج الى
هذا التقدير والشرط ان يقبضا قبل الافتراق حتى لو ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا
قبل الافتراق صح بخلاف المحرم فانه يبطل بالاعراض بما يدل عليه قال
فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل
الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبض احدهما
بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق
القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض
المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار والاجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل
تقرره ولو باع الفضة والذهب بجنسه مجازفة ثم علم تساويهما قبل الافتراق وصح بعد لا يصح وقال
زفر يصح لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب
تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله لا يصح شرطا للجواز لان الاحكام تبنى على فعل العباد تحقيقا
لمعنى الابتلا قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا
بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا
يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا اسلم اليه رب السلم
قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح كونه كالبا بكالي لانا نقول هو كذلك لا يتعين

لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه
الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه
لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى او نقول لكل واحد من
بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب
واما اذا كان يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز على ما بينا من قبل قال
ولو باع امة مع طوق قيمة كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين
الف نقد والف نسيئة فالنقد ثمن الطوق وان اشتراها بالفين الف يعني لو باع امة في عنقها طوق
فضة وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق
وان اشتراها بالف نسيئة وبالف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال
قيمة كل الف اي قيمة كل واحد من الجارية الف درهم ولا تعتبر ثمة الطوق القيمة وانما تعتبر القدر عند
المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق مقابلا بالطوق والباقي
بالجارية قلت قيمتها او كثرت مما يجوز فلا فائدة في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر ان الثمن خلاف
جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهب او بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتها لان الثمن ينقسم
عليها على قدر قيمتها وكذا المراد من قوله فالالف ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق
يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما
من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر الى الجارية والمقبوض الحال الى الطوق لاحسان
الظن بالمسلم ولو كان حولا لافسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة وقالا يفسد في الطوق دون
الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابي حنيفة
ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى
فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او تحقق لعله
قال وان باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين
او قال من ثمنهما يعني يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين حصتها او قال خذ هذا من ثمنها
فلان التثنية قد يراد بها الواحد منها قال الله تعالى يلبسهما حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى

يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال عليه الصلوة والسلام اذا سافرتما فاذنا
واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ولهذا اذا قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة
او ولدتما ولدا فانتما طالقتان فولدت او حاضت احدهما طلقتا لانه يراد به احدهما لاستحالة
اجتماعهما في ولد واحد وحيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقتان
فولدا او حاضت احداهما حيث تعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه
من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال
بان الكل من ثمن السيف لا يبطل ايضا لكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شيء واحد
فيجعل المقبوض عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم الا بهذا الطريق قال
ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل العقد فيهما
لان حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى لو افترقا بطل فيه لفقد
شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار
كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية
مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ في الحلية لان التوجيه بالاتحاد
عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف
خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فيكون اعرف بجهته وقال الراجي عفو ربه ينبغي
ان يكون هذه كالمسئلة المتقدمة من انه ينصرف الى الحلية على ما بينا من انه على التفصيل المتقدم
يعني ان كانت الحلية تخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا فيبطل في الكل وفي المحيط قال
هذا في ثمن النصل خاصة نظرا انه لم يكن التمييز لا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويجاز صحيحا
لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان امكن
تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون
جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير
ضرر فلا تنافي بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي هي الثمن اكثر مما في الطوق
والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان

هذا اذا كان ثمن السيف خاصة وقال الاصل
نعم او قال لا ونحو ذلك على الكل لتعلق البيع
فن

الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه
ووجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل
منه او مثله او اكثر فيحتمل الفساد من وجهين فترجحت جهة الوجهين بالكثرة والحرمة
قال ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه او تفرقا صح فيما قبض والاناء مشترك
بينهما يعني اذا باع بفضة او ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فينعقد الفساد
بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة
الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة
لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد العبدين
قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه لم يوجد الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض
الاناء على ما يجيء قال وان استحق بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه وان
رده
لان الشركة في الاناء عيب لان التبعيض يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا
له بخلاف المسئلة الاولى وهي اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض الثمن حيث
لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا قال ولو باع قطعة نقرة
فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التبعيض لا يضرها
بخلاف الاناء لكن اذا استحق قبل القبض بعضها يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام
كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة تمت بالقبض
قال وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما
فان بيعهما بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر
والشافعي لا يصح هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين
ففي حمله على خلاف الجنس تعيين له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز
لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين
لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن

من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع
وان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما
لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا
قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب
من الجانب الآخر ولنا ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا تعارض
بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان
العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا
مقابلة الفرد من جنسه ولا خلاف لما عرف ان المطلق غير متعرض للقيد ولكن هذا عند الوجود
من مح
ان مح
لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة للذات
بل مح
فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه لو قال
عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له لما صح فكان حمله على
المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة الا ترى
ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن
اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغيير الوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة
لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل
عليه عند التعذر طلبا للصحة انه باع الجنس بالجنس لان باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل
واحد منهما دينارا ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالا لما صح الا في نصف كل واحد
من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير
المقبوض فيبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم
يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبقى فضلا فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد
نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية في القلب
بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق

التجيع غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف
الالف ومائة اليه والالف ومائتين الى عبده ذلك من الصور فى هذا انظر فان الطريق متعددة
وفى مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز ان يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه
انه تعيين امكان اولى والثالثة اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما
اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفى الرابعة يقع العقد صحيحا سوآ كان الحبس منعا بلا بالحبس او بخلافه
والفساد لعدد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط انفا على الصحة وصرف
الحبس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتدآ وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الحبس لان
الفساد لعله موهوم لاحتمال عدم التقابض وفى الابتدا متحقق فلابد من الصرف الى الحبس
فينعقد صحيحا ثم الاصل فى هذا الباب ان احد البدلين يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر
فايدته فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة
ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت احاده فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا
يجب قسمته على الوجه الذى يصح فيه العقد لا غير **قال** ———— واحد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار يعنى يجوز فيكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينـــاه
قال ———— ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعنى يجوز
بيعه لانه جنس واحد فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف والغلة هى الدراهم المقطعة
وقيل هى ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا ربا فى لاحتمال ان يكون هى المقطعة **قال** ————
ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اى يجوز ذلك
ومعناه ان يكون لرجل على اخر عشرة دراهم دين فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة التى
عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جايز اما اذا قابل
الدينار بالعشرة التى عليه ابتدآ فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك
جايز اجماعا لان تعيين احد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين
الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته بان
يتوى عليه والبيع المقبوض عن التوى ومعلوم ان السالم يتعين ازيد من الذى على خطر

التوى فيتحقق الفضل الا التوى انهما لو تصارفا دراهم دينا بدنانير دينا يصح لفوات الخطر
لكون كل واحد منهما ساقطا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور
هنا الاستحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذى
وجب عليه بالصرف غير الدين الذى كان عليه وهذا لانه وجب بالعقد دين يجب تعيينه بالقبض
احترازا عن الربا والدين الذى عليه لا يجب قبضه فغيرين لان المقاصة لا تقع بنفس العقد
لعدم المجانسة فيكون القابض بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه اخذ ما فى ذمته بدل
ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز فى راس مال السلم وجه الاستحسان انهما
لو تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف الاخر غير مضاف الى العشرة الدين اذ لولا ذلك
لكان استبدالا ببدل الصرف فيثبت الاضافة اقتضآ كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف
وخمسماية درهم فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثانى اقتضآ فكذا هذا ولا فرق فى
ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وقيل لا يجوز التقابض بدين
حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب والاول هو الاصح لان التقابض هو القبل يتضمن
الفسخ للصرف الاول وصرف اخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا فى ذلك
الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوده بخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز
جعله قصاصا بدين اخر مطلقا متقدما كان او متاخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة
براس المال يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهى عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة
وهو اخذ عاجل باجل للضرورة فاذا لم يقبض شيا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته
الى الدين ابتدا بان يجعل الدين الذى هو على المسلم اليه راس مال السلم بخلاف الصرف
قال ———— وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يجوز بيع الخالص بها
ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لانهما لا يخلوان عن
قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط
والخلقى فيلحق القليل من الغش بالرداة والردى والجيد منهما سوا عند المقابلة بالجنس فيجعل
الغش الذى فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب

عليهما حتى يعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما يذكر من العرف من قريب ان شاء الله تعالى
قال وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لان العبرة للغالب
في الشرع قال فصح بيعها بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا او وزنا
لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف
الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة او الذهب في الجانبين
ويشترط في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط
القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان يكون
الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على
مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة والذهب المغلوب بالغش
هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة والذهب
فجعل كأنه كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة والذهب
المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومالا اذابة فان الذهب والفضة يخلصان منه بالاذابة
وكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكوة ايضا بخلاف
الغش المغلوب بهما لانه يحترق بالسبك ولا كون له في الحال ايضا فلا يمكن اعتباره اصلا حتى لو عرف
ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس حتى
لا يكون للفضة والذهب الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا
للربا ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في العطارفة والعدالي وان كان الغالب فيهما الغش
لانها اعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال
والتبايع والاستقراض بما يروج عددا او وزنا او بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها
لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادة الناس كما يعتبر في الفلوس العادة
في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد فبالعدد وان
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال ولا يتعين بالتعيين لكونها اثمانا
يعني ما كانت تروج لانها بالاصطلاح صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية

لقيام

١٨٤

لقيام المقتضي قال ويتعين بالتعيين ان كانت لا تروج لزوال المقتضي
للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت اثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا
المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم الزيوف لا يتعلق
العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم
جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضى بها في الاول وعدمها في الثاني قال
والمساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى
غشه وفضته وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة
حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة موجودة فيها
حقيقة ولم يصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كما كانت في سبيلها الا ان يشير اليها في
المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها
قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن لم يتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش
حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون
الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين
فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما او بفضة فقط وفي المنية وفي فتاوى قاضي خان ان كان نصفها
صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو يخالف
ما ذكر هنا ووجهه ان فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا
قال ولو اشترى به او بفلوس نافقة شيئا وكسد بطل البيع اي لو اشترى
بالدراهم التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح
على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقها بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا لو انقطعت عن ايدي
الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما والا مثله وان كان من ذوات الامثال
او قيمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح
على الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال
بالرواج فصار كما لو اشترى بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس وانه لم يبطل البيع عندنا وقد تعذر

تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب
فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو اخر ما
يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان ينقطع فاذا
انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فيعتبر قيمته يومئذ ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح
فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال العقد يتناول
عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لانا نقول يتناولها بصفة الثمنية وبالكساد
تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه
فلم يبطل وفي النحاس وامثاله الاصل هو الكساد والعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى اصله
على وجه يغلب على الظن انه لا يعود ولان الشيء اذا رجع الى اصله قلما يزول وحد الكساد ان تترك
المعاملة بها في جميع البلاد فان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم تروج
في بلدهم فيتخير البائع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق
وان كان موجودا في يد الصيارفة وفي البيوت قال وصح البيع بالفلوس
النافقة وان لم تعين لانها اموال معلومة صارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت
في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله
ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب
ووصفه كما في الدراهم ويجوز ان يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا
بابطاله بان يقولا اردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع
فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين يفسد البيع على ما بيناه
من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز التقدير فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة
وهذا ياتي على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به واصل الخلاف ان اصطلاح العامة
لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما
قال وبالكاسدة حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز
البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال ولو كسدت افلس القرض

يجب رد مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليها رد قيمتها لانه تعذر ردها كما
قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض مثليا
فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول
محمد انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول
ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف
الا بحرج ولابي حنيفة رحمه الله ان القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله
زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج ان يكون مثليا
ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل
والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة
وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة
والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا
كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم
الخصومة وعند ابي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا
عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول
عن العين بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر
رد العين بالانقطاع قال ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح
وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او ربعه او بدانق فلوس او بقيراط
فلوس وقال زفر لا يجوز اما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع
لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد واما الثاني فلان
الفلوس مقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق متعارف في
القليل وهو معلوم بين الناس لا يتفاوت قيمته الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف
ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد
لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس

ولا يتفاوت قيمة الفضة من الفلوس قلنا ان يمنع **قال** ومن اعطى
صيرفيا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة صح لانه قابل الدرهم
بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة
الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه
نصفا الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس
وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده
يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال
اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع
وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم افترقا في هذه المسألة قبل ان يقبض الفلوس
والنصف الا حبة بطل في النصف الا حبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل القبض
احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه
الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت
بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه
مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا
وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل
كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا
في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت
ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير
النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم
الثمن انه لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح
الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد في غير
السلم وانه لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرائطهما انه لا يجوز التفاضل عند المقابلة
بالجنس في المقدرات وانه يجب تعيينها فيما يتعين وقبضها فيما لا يتعين وفي غير المقدرات

بجـ

يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان
يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة والفلوس مع احد
النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب مع النقدين وغيرهما من المقدرات
يجب تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون كالئا بكالئ والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الكفالة

وهو مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلوة والسلام
انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه **قال** هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة
هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال
وهذا لان المطالبة بالدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام
تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين
من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين
لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر الاستيفاء لان الدين
الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب
فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان
يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين غيره فممكن الا ترى ان الوكيل
بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو ابراه البائع صح وكذا الولي والوصي مطالبان بدين
الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون او بيعه عند طلب
الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين
عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا
وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل
في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب
عليهما الا دين واحد على احدهما غير عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه
التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بكله محل المطالبة او تيسير

وصورتها حفظه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون
الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وان يكون المكفول به ممكن الاستيفا
من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد
الماذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا يصح من المريض الا من الثلث لانه لا يملك التبرع
باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان
كفالة بالديون فيجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان مضمونة فتصح
الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك مما ليس بواجب
التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية
والمستاجرة او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها
مذكورة في المتن **قال** ـــ وتصح بالنفس وان تعددت اي وان تعددت
الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها ايضا كما يجوز
بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه
اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير امره لانه لا ينقاد له ولا يلزمه طاعته وكذا اذا كان
بامره لان امره بالكفالة بالمال لا تثبت ولاية في ماله ليودي عنه من ماله فالنفس اولى فصار
كالوداع طيرا في الهوا بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الامر فله ولاية على
مال نفسه فيودي من ماله ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين
الكفالة بالنفس او بالمال فيقتضي شرعيتهما ولا تنال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا
يتناوله الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما
وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة واحيا حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها
بان يعلم مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا دعاه او يكلفهم بالحضور الى
مجلس الحاكم والقدام كذلك وهو خصمه به ودليل على قدرته فيصح وان لم يقدر عليه استعان
باعوان القاضي فكانت مقبلة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصل اذ تسليم النفس على المدعى
عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب

عليه

عليه الاجابة اذا دعي ان الله تعالى ذم المبيع من الحضور بقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
الاية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت
ام كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنه خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم
رجلا بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا
وجوده عقلا لا حقيقة الا ترى انه اذا التزم الحجة بالتدريج وان لم يتات منه حقيقة
لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فيصح واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها التحاق
المطالبة وهي تحتمل التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منهما التوثق فلا يتنافى
قال ـــ تكفلت بنفسه وبما يعبر عن البدن وبجز شايع اي تصح الكفالة بقوله
كفلت بنفسه او بعضو به من اعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده
وبدنه فان قال تكفلت براسه او بوجهه اي احضره او تكفل بجز شايع منه بان تكفل بثلثه او ربعه
كل ذلك جائز لان هذه الاشيا يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه **قال** ـــ
وتضمنته اي يصح بقوله ضمنته لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد
ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك **قال** ـــ وعلي يعني يصح
بقوله لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا
قال ـــ والي لانها بمعنى علي في هذا المقام قال عليه الصلوة والسلام من ترك
كلا او عيالا فالي **قال** ـــ وانا زعيم لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية
عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل **قال** ـــ وقبيل به لان القبيل هو الكفيل
ولهذا يسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل **قال** ـــ لا بانا
ضامن لمعرفته اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير
ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة
فصار كالتزامه دلالته عليه او قال او وقفك عليه **قال** ـــ فان شرط تسليمه في وقت
بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفا به ان طلبه في ذلك
الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طالبه صاحبه بعد حلول الاجل **قال** ـــ

وان احضره والاحبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال
انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال
العبد الضعيف ينبغي ان يفصل كما فصل بالدين فان هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه
كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا
الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه لا يحال بينه وبين
الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله جعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار
او بالبينة **قال** وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول
بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة
قال فان مضت ولم يحضره حبسه اي اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه
لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه **قال** وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به
لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل
لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف ننظر فان كانت له خرجة معلومة يخرج الى موضع معلوم
للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد
للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل وينكر
لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان
المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب
بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة
وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لم تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا تنقطع
بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا انقسم ماله بين الورثة فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات
حقيقة لانا نقول ليس هو كموته حقيقة وانما هو موت في حق قسمة ماله بين ورثته
فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل
على كفالته هذا ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انما الحق بهم مرتدا يدور

البنا اذا الحقنا يمهل الكفيل قدر ذهابه وايابه وان لم يكن قادرا لا يؤخذ به ثم في كل موضع قلنا
انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه
قال فان سلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر برئ اي اتى بما
التزمه بتسليمه الامرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة
فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه
فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه
قبل حلول الاجل يجبر الطالب ان الاجل حق المديون فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية
بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فانت اعلم بشانه خذه ان شئت
ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك عن
الكفالة **قال** ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمه لان الشرط
مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه
في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس
في اقامة الحق وان سلمه في برية او سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان وكذا
لو لم تشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر اخر
غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من
احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لم يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه
وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك
المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك شهوده في ذلك المصر وكذا احتمال
ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومات فبقي التسليم سالما عن المعارض
فيبرأ وقيل هذا الاختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك
في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا متعاونين على البر ولا يميلون الى الرشوة
فلا يختلف الحال بين مصر ومصر اخر وهما قالا ذلك بعدما ظهر الفساد وتغيرت احوال القضاة
والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصر اسهل لاثبات حقوقه

ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرا لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره
مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد في المحبوس **قال** ——— ويبطل بموت المطلوب
والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت
المكفول له لان المطلوب بموته يبرى هو بنفسه وبراته توجب براة الكفيل لانه اصل
والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن البيع لما قلنا وبعد موت الكفيل
لانه تحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه في ماله لا في ما عليه وما لا يصلح
لابقا هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح له وحكمه
بعد موته حكمن فيوفي من ماله ثم يرجع لورثته على المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره
والا فلا شي لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حيوته واذا مات الطالب يخلفه وصيه
او وارثه فلا يبطل حقه اذهم قايمون مقامه في استيفايه **قال** ———
ويبرى بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بري لان موجب التسليم البراة فيثبت
به وان لم ينص عليها اذ هو موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد ان يقول
سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرا لان التسليم قد يكون بحكم كفالة او استفادة
او اجارة الا اذا كان يطلبه بحكم عقد لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا
اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفا حقه
ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية
لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل وصار كالغاصب يرد العين المغصوبة او قيمتها وكالمدين
اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بامر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار
نظير قضا الدين من الاجنبي **قال** ——— وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم
وكيل الكفيل ورسوله يعني بتسليم هولا يبرى الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب
عليه ان يسلم نفسه فاذا فقد حصل المقصود فلا معنى لبقا الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل
يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براته ان يقول كل واحد من
هولا سلمته اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه قال ———

وبتسليم

وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على انه
لا يبرا اذا لم يقل من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي
تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضي خان ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره وقال
عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برى الكفيل وان سكت الطالب لم يقل
قبلته لم يبرا الكفيل ذكره قاضي خان في فتاواه **قال** ——— فان قال ان لم اوف
به غدا فهو ضامن بما عليه فلم يواف به او مات المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال معلقه
بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لانها كانت
ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي بوجودها الا ترى انه لو كفلهما جملة في وقت واحد
صحت ولو تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثيق بكفالة النفس اخرى او بمال اخر وقال
الشافعي الكفالتان باطلتان اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة
بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جايز كالبيع ونحوه وهذا
هو القياس **ولنا** ان الناس يتعاملون والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره
وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتها من حيث ان الكفيل
يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتدا من حيث انه التزام ابتدا فلشبهه بالبيع
ينبغي ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا باعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز
تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بالموافاة متعارف ولا نسلم
انه تعليق بوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا
صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او عجزه بموته او بجنونه فقد وجد الشرط
فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال
عدم موافاة يتحقق عليه بموت المكفول به برى الكفيل عن وجوب احضاره فكيف يلزمه المال
لعدم موافاته بعدما برى الا ترى ان الطالب اذا ابراه عن الكفالة بالنفس فلم يحضره
لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابرا وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس
من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برى للعجز عن التسليم المستحق بالكفالة لا لتحقق

عليه تسليم نفسه ودفعه الى الخصام وهو عاجز عنه وكان ضروريا فيتعذر تقديرها مجبرا
عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات
الكفيل فقد ذكر قاضي خان في فتاواه ان وارثه بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم
يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع المكفول
به الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه لزمه المال وهذا ظاهر **قال**
ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال رجل ان لم اواف به غدا فعلي المائة فلم يواف به غدا
فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا فرق بين ان يبين المائة او لم يبينها بان
تعلق رجل على رجل فلازمه فقال الي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل اخر دعه
فانا كفيل بنفسه فان لم اواف به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل
وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور
الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم ينسبه الى ما عليه فكانت هذه
رشوة التزمها الكفيل عند عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة
اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم يصح دعواه
فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح
الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه
يوجب ان يصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه كفالة امكن تصحيحها فيصح اما اذا
بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت
بالارسال والمراد ما عليه واما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس
القضاء فيحملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت
الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء
الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها
ولانه لو جعل التزاما لما عليه تصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل
على انه لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول

محمد

محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف ذكره قاضي خان وفي المحيط جعل
الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف **قال** ولا يجبر على
الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص
وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة
بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فتصح الكفالة
كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت
وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه بخلاف نفس الحد والقصاص
حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع له وقوله عليه الصلوة
والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على
اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف ساير الحقوق ولانها لا تسقط بالشبهات
ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل
فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والمراد بها حد السرقة بعينها في حق جواز التكفيل
بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه حيلة لا منع لان الدعوى شرط فيه كما هو
شرط فيهما والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق
بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم
بسبب الدعوى اذ لا تسمع دعوى احد فيها فلا يجوز الكفالة به اصلا ولكن طابت بها نفسه
وسمحت فاذا لم يتكفل عنده يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا
خلا سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هاهنا ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يامره
بالملازمة فيدور معه حيث دار واذا اراد دخول داره استاذنه فان اذن له دخل
معه وان لم ياذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع
اخر **قال** ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او عدل
اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه
القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح

لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والعلامات فيثبت بشهادة العدل التهمة
وان لم يثبت به اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلوة والسلام حبس رجلا
بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لان نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا
بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس فيه ما لم يثبت في الحدود والقصاص ايضا
لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال ـــــ وبالمال ولو مجهولا
اذا كان دينا صحيحا وكفلت عنه بالف وبما لك عليه وبما يدركك في هذا البيع وما بايعت
فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي اي تصح الكفالة بالمال ولو كان
المال المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة وقد عليه اجماع الامة وهي مبنية
على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك
انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه ان يكون دينا
صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة
قطع الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت
بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه
قال ـــــ وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة
بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب بخيار ان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما معا
لان موجب الكفالة اذ هي تنبي على الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط
براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرا المحيل
فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ قال ـــــ ولو طالب احدهما
له ان يطالب لما عرفت ان العبرة للمعاني الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار
احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي فلا يمكنه
التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء
ويصح تعليق الكفالة بشرط ملايم لشرط وجوب الحق كان استحق المبيع او لامكان الاستيفاء
كان قدم زيد وهو مكفول عنه او للتعذر كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق الكفالة بشرط

الكفيل وان شاء طالب

ملايمة لا بمطلق الشرط والملايمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع
فعلي الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين
او بكونه سببا لتعذر الاستيفاء كقوله ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة
الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا
به زعيم فوجه التمسك بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سببا لوجوب
الحمل وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ ولا يقال الكفيل
من يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجر
لانا نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير
فلا يجب عليه الاحكام كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول هو من جهته
وانا به لك اي بالحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الاية تدل على ان الكفالة للمجهول
جائزة وانتم لا تقولون به فلم يبق لكم حجة لانا نقول جاز ان ينسخ من هذا الوجه ويبقى
معمولا بها من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا
لما جاز ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك
فلان فعلي وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك
او قتلك فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا
الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بما لك على احد هذين
فحينئذ يجوز التعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال ـــــ
ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة
بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا يعني لا يصح التعليق
هكذا ذكر في الهداية والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه
المال لان الشرط غير ملايم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضي
خان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا
وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملايم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز

تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل
الى العطاء وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول المطر فان اجله اليه بطل الاجل
ولزمه تسليم النفس حالا قال —— فان كفل بما له عليه فبرهن على الالف
لزمه يعني اذا اشهد رجل بما له على فلان فاقام الطالب البينة على ان له الف درهم
لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يثبت عليه شيء لان قول الطالب
لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا الكفيل لانه مدعي فلا يقبل قوله الا بالبينة
قال —— والا صدق الكفيل فيما اقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل
يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسئلة بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل
لانه منكر ولو اقر المكفول عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان
الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على
فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانه يلزم الكفيل ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به
المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل بما تقرر له عليه
في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما سيجب له عليه فلا يشترط الوجوب عليه فيما
يأتي باي طريق كان وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا اخبر الطالب او المطلوب
ما عليه كان منهما فلا يصدق ما لم تقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه
كالمريض اذا اقر بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء
من غرماء الصحة كان المقر له قال —— فان كفل بامره رجع بما ادى عليه
لانه قضى دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه
اذا ادى خلافه بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس يرجع بالمال
المكفول به لا بما ادى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث
بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال حيوته وهي جائزة للكفيل وان كانت
لا يجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل الدين اليه فيقتضي اليه ضرورة ولانه نقله بالحوالة او
يجعله كذلك للضرورة او نقول يوجب عليه للضرورة فلا يجب عليه ان يسامح الاصل

بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردأ من الدين وان ادى اجود منه
لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما ثبت له حق الرجوع بالاداء بامر
ولهذا لو وهب الدين لا يملكه فيرجع عليه بما ادى ما لم يخالف امره بالزيادة او باداء جنس
اخر وبخلاف ما اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه حيث امره بالزيادة او باداء جنس
لا يرجع الا بقدر ما ادى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه
على ان يهبه الباقي فيعمل بحسبه يرجع بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة
واما اذا تكفل بامر الصبي او العبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه من المأمور
واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما يلزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة
تعتمد التزامه باختياره لا امر الامر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لان امرهما بالكفالة
بالمال والنفس صحيح وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل ——
قال —— وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله
قال —— ولا يطالب الاصيل بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه التزام المطالبة وانما يملك
الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل
من الموكل بمنزلة البائع من المشتري فلا يرجع الى الحقوق لما انه انعقد بينهما مبادلة حكمية
حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن
كما كان ذلك للبائع اذا استفاد الملك من جهته فكذا له ان يطالبه بالثمن قبل ان يؤدي كما كان
للمشتري ان يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البائع قال ——
فان لوزم لازمه اي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلص وكذا اذا حبس
له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة ويكف ما يكفه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه
من ذلك اذ تخلصه واجب عليه قال —— ويبرأ باداء الاصيل اي يبرأ الكفيل
باداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء وبرائته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح
وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة بدون الدين قال ——
ولو ابرأ الاصيل او اخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه • اي لو برئ الطالب الاصيل او اجل دينه

برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فيسقط
بسقوطه ويتأخر بتأخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل
وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا او اللفظ اريد به المجاز
سقطت الحقيقة وكان الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءته على انه لا يبرأ المحيل
عن الدين فيما في رواية والاحكام تشهد به الا ترى انه اذا توى يرجع واذا مات المحيل كان
المحتال اسوة للغرماء في المال المحتال به كانه مات وعليه دين له ولغيره تحققه ان الدين لم
لم يسقط فيها بالاتفاق وانما يتحول من ذمة الى ذمة اما الدين او المطالبة على اختلاف الروايتين
وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلم يرد علينا اصلا **قال**
ولا ينعكس اي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه لا يوجب التأخير عن
الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاطه المطالبة او تأخيره لا يوجب سقوط
الدين ولا تأخيره الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال
الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتأجل عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة له
فانصرف الاجل الى الدين **قال** فلو صالح احدهما رب المال عن الف على نصفه
برئا اي صالح الاصيل او الكفيل الطالب على خمسمائة عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل
اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح بدل هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا واما
اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه
دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف
وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئا عن خمسمائة بصلح احدهما ايهما كان فان ادى الكفيل
الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسئلة على
اربعة اوجه اما ان يذكر في الصلح ابراءهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل فكذا الحكم او لم
يشترط شيء فكذا ايضا او شرط ان يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله
على الاصيل **قال** وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال رجع على
المطلوب اي الكفيل رجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءه

التي

التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء عنه فصار كانه قال دفعت
الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء
من الكفيل **قال** وفي برئت وابرأتك لا اي في قوله للكفيل برئت او ابرأتك
لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي محتمل
يحتمل انه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال
ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب
لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلي
بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من
المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق
محمد رحمه الله بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء
لا يكتب وقوله ابرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا ترى انه نسب الفعل الى
نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا ادى او وهبه
الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء اذا ابرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على
الموكل لملكه ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه
في بيانه في الكل انه اوفاه او ابرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه **قال**
وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا
على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير
لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل
يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق
والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل
حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد بخلاف الابراء عن
الدين لان فيه معنى التمليك **قال** والكفالة بحد وقود وبيع ومرهون
وامانة بعين الكفالة بهذه الاشياء باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة

فلان الكفالة انما تصح بمضمون يجري فيه النيابة في ايفايه ولا تجري النيابة في العقوبات
لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم
الفايدة واما الكفالة بالمبيع والرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها ان يكون
المكفول به مضمونا على الاصيل حيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او بدفع بدله لان الكفالة
التزام والمطالبة بما على الاصيل فلابد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى لا يتحقق
معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون عليه بنفسه وانما سقط دينه اذا هلك فلا يمكن
عليه شي بل ينفسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما سقط دينه اذا هلك
فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة
على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودايع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة
على الكفيل فلا تصح الكفالة **قال** ———— وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا
على سوم الشرآ ومبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع يصح اي اخره لان الثمن دين صحيح
مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشرا والبيع الفاسد مضمون عليه
حتى اذا هلك عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف
الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل
ان يتكفل بتسليم العين سوآ كانت مضمونة او امانة لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن
التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس لانه ما دام قايما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرا كالكفالة
بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة
بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم غير واجب كالوديعة
عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل **قال** ———— وحمل دابة معينة مستاجرة وخدمة
عبد استوجر للخدمة يعني لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة ليحمل عليها ولا
بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر
لانه انما يستحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجر لانه اتى
بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجرة ضرورة وكذا العبد

للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر على
ذلك بان يحمل على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع
قال ———— وبلا قبول الطالب في مجلس العقد وقال ابو يوسف يصح والخلاف
في الكفالة بالنفس والمال سوا وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل
اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة
في احدهما دون الاخر وجه قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان تجب بمقابلة
على غيره شي فتصح كالاقرار وهذا لانه يصرف الالتزام في ذمته وله عليه ولاية ولا ضرر على
الطالب فيتم به وحده كالنذر ووجه قوله الثاني انه يصرف للغير فيتوقف على رضاه كساير
العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي
فانه ينعقد عنده الا بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تاثير الاذن عنده في اللزوم
دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي
ولهما انه عقد تمليك فشطره لا يتوقف على ما ورا المجلس كساير العقود لانه تبرع على الطالب
بالالتزام وانشا سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن
جعل عبارته قائمة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم ولايته عليه فيتعين الالغا
ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الكفيل الى من يرى سبرا نه من القضاة بالكفالة
لان العلما مختلفون فيها فيعود ضررا عليه فلا يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد
وانما هو اخبار عن شي واقع فيقبل قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن اقرارا باحد
قال ———— الا ان يتكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول
المكفول له في المجلس عندهما الا في مسلة واحدة وهو ان يقول وارث المريض لورثته او
لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرماي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرما فانه جايز استحسانا
وان كان القياس يا باه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة
وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض
الدين وغرماه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا يصح اذا لم يخلف مالا او لان

المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب بحاجته اليه تقديرا لانه يقضي الدين من تركته
وهذا لانه لما تعلق به حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا ينفذ تصرفاته
وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام
الطالب او نايبه كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقيل انما يصح بمجرد الطلب
ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يريد به تحقيق
الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل
لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض فيه والصحيح سواء
وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته
هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك
ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيوجد فيه القياس قال ـــــ وعن ميت مفلس
يعني لا يجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد يجوز لما روي انه عليه الصلوة والسلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه دين
قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلوة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة
رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه فصلى عليه صلى الله عليه
وسلم ولان الدين واجب عليه وهو لا يسقط الا بالايفاء والابراء والانفساخ بسبب الوجوب ولم
يوجد شي من ذلك فلا يسقط يبقى في حكم الاخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز
للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به كفيل او ترك مالا وله انه كفل بدين ساقط ولان
الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يقال وجب عليه الدين اي اداوه كما يقال وجب عليه الصلوة ويراد
به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فيسقط سواء كان له مال او لم يكن له مال في حق احكام
الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو
ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها
على الكفيل تبعا اذ لا يضم الاداء بنفسه الموجود الى المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه
اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء

هل يجوز

فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه يتبرع به في حق الصفة ولان الدين باق في حق الطالب
لانه امر بينهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم على الاصيل وعلى هذا لو كان
اقرارا منه بانه كان كفل عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة فما صلح انه حكاية
حال فلا يبطل الاحتجاج به ولا يقال لو اسقط الدين لبرئ الكفيل لان براته توجب براة الكفيل
فلما لم يبرا علم ان عليه دينا فيجوز ابتدا الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرا او
يقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب ـــــ
قال ـــــ وبالثمن للموكل ورب المال اي لا يجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب
المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شي فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري
او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل
والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل او بموت رب المال ولعزله ولو كان
الموكل او رب المال لقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل والمضارب على المشتري
او حقوق العقد راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله
لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اخذ
المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شي كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي
كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شي حنث فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض فاذا
ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنايم من جهة الامام والنظير?
حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الامر عن قبض البدل
صح نهيه ولانهما امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز
فصار نظير من سلم في اخر الصلوة يريد به قطع الصلوة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده
حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي الصلوة قال ـــــ والشريك
اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة وضمن احدهما
لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري
او الكفيل من الثمن الا وللشريك فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض فانه لا يجوز

وح?

ابدا القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد مفرزا في حيز على حدة
واذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه
الفعل الحسي فما دام لم يصح قسمته يكون كل شي يؤدي الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المودي
بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الى ان لا يبقى في يده شي فيؤدي
بجوزه ابتدا الى ابطاله انتهاً بخلاف ما اذا باعه صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا
حيث يصح ضمان احدهما عن الاخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة
الا ترى ان المشتري لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما
نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالادا في
هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا بالادا وعند الادا يصير مسقطا حقه
في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة
لا تجوز ويجوز التبرع به **قال** وبالعهدة اي لا تجوز الكفالة بالعهدة
وصورتها ان يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما لا يجوز لان العهدة
اسم مشترك فيقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع ولا
يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه ويطلق على العقد لانها
ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى الدرك
وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فتعذر العمل
بها قبل البيان بطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان يصرف الى ما يجوز الضمان
به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال
قال والخلاص اي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر
عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو
لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن

الوفا

الوفا به وهو تسليم المبيع اذا اجاز المستحق البيع ورد الثمن ان لم يجز **قال**
ومال الكتابة اي لا يجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافي وهو دين المولى على مملوكه
فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يعتق فلا يفيد ايجابه على الكفيل
على هذه الصفة لعدم الفائدة واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الايجاب ولان
على الاصيل اذا ملكه المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق يبرا عن
بدل الكتابة لانه عليه اذا مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة
عليه فيبرا **فصل** ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب
لا يسترده منه اي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل المكفول له ليس للمكفول
عنه ان يسترده منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه
ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها الى الساعي وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار
ونقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترده قبل نقض البيع له ذلك لان الدفع كان العوض
وهو ان يصير زكوة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قائما لا يسترده ولانه
ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضا واخذه الكفيل على وجه الاقتضاء بانه قال
له وقت الدفع اني لا امن ان ياخذ الطالب حقه منك فانا اقبض منك المال قبل ان تؤديه بخلاف
ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب
حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من
يد الكفيل لانه تعلق بالمودى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم ينقض
دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب للطالب على الكفيل
ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرا الاصيل الكفيل من هذا الدين او وهبه
له قبل ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فثبت بهذا ان للكفيل دينا
على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يودي عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه
بالاستعجال يملكه فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون متقاضيا له من جهته فلا يملك **قال**
وما ربح الكفيل له اذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي الطالب طاب

له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سوا قضا الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا انه تاخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا ان فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عندابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بيناه في البيوع وان قضى الكفيل فلا يرجع فيه الا بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضا وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف يطيب لعدم التعيين واصل الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة **قال** ونُدب رده على المطلوب لو شيا متعينا يعني يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيا متعينا كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على ما قال ما لو قضى دينه المؤجلا وربح فيه وله ان الخبث يملك مع الملك فيما يتعين لان اقتضا قاصر الاترى ان المكفول عنه يستبد من قضا دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق به في رواية على الفقرا وفي رواية على الاصيل لان الكراهية لحقه وان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضا لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف وقد بيناه من قبل **قال** ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول اشتر من التاجر حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربح البائع منك وخسرته انت فعلي وصورته ان ياتي هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك فعليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الامر شي من ذلك لانه اما ضامن

لما يخسر كما قال بعضهم نظرا الى قوله على انها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل بالشرا كما قاله البعض نظرا الى الامر به فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينه اي نسيه من عين الميزان وهو مثله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شرا ما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لبخل النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربا وقال عليه الصلوة والسلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل ان له على المطلوب الغائب الفا لا لانه كفل مالا يستحق المستقبل بالقضا او باي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضا على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيا ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضا وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعدها فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة واقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه مالا داخلا في الكفالة ولزمها المال **قال** ولو برهن ان له على زيد كذا وان هذا كفيل عنه بامره قضى عليهما ولو بلا امر قضى على الكفيل فقط اي لو حضر شخصا عند القاضي فاقام البينة ان له على فلان الغائب الف درهم وان هذا الشخص كفيل عنه بامره قبلت البينة وقضى على الكفيل والاصيل جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضى على الكفيل فقط ولا يقضي على الغايب لان المدعى هنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتدا معاوضة انتها وبغير امره تبرع ابتدا وانتها فالقضا باحدهما لا يكون قضا بالاخر فاذا قضى بها بالامر ثبت

وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها
يعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الى الكفيل بما ادى
على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له ان يظلم غيره
ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البا بع
بالثمن الذي استحق المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على
الغائب اذا كانت الكفالة بامره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حق
على الحاضر الا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما اذا ادعى عبد ان الحاضر
اشتراه من مولاه الغائب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشراء والاعتاق وكان الحاضر خصما
عن مولاه فاذا اثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه
قال وكفالته بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا وكفل رجل
للمشتري عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم المبيع واقرار
منه انه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه وادعى فيها الشفعة او الاجارة لا تسمع
دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل
الكفالة في المجلس فاذا قبل وابرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض
ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا وان لم تكن
مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها
المشتري خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البائع مالكها وقت البيع فلا
تسمع دعواه بعد ذلك قال وشهادته وختمه اي كتابته وختمه
لا يكون تسليما حتى اذا ادعى تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه اقر للبائع
بالملك اذ البيع يوجد من المالك وغيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى
اذا راى فيه مصلحة الاجازة وليس فيها ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده
الابرام على ما بينا حتى لو شهد هنا ايضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته او لم يقض يكون
تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على اسباب اقرار منه بنفاذ البيع

باتفاق

باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه
او باع بيعا نافذا او كتب في الشهادة كذا لكن من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين او
اقرارهما فيكون بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به
حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو اخبر ان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله وختمه
وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اساميهم على الصك خوفا من التغيير
والتزوير والحكم لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما او غير مختوم قال
ومن ضمن عن آخر خراجه او رهن به او ضمن نوائبه وقسمته صح اما الخراج فلانه دين له
مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب
والاستحفاظ والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكوة في الاموال
الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يؤخذ
منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله
ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصيته فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم
قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة
في مال على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب
في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في
كل موضع تجوز الكفالة فيه واما النوائب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم اريد به ما
يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى
وقال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا تاخذها الظلمة بغير حق
فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون
وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم
فخر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا دين
ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي
رحمه الله لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها

صوابه صدر الاسلام

شرعت للالتزام ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر
وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط
الرجوع كمن قضى دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد من النوائب
لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد به النصيب
قيل هي النوائب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ليس براتب وانما الوظيف
الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شي وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وهو مختلف
فيه وقال ابو بكر بن سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل
وهذا مضمون وقيل هو ان يمنع احد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه
انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه
والرواية باو هي لاحد المذكورين وفي الاباحة نعم وكذا في النفي **قال**
ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان ما ثبت اي شهد فقال هي حالة فالقول للضامن يعني
اذا اقر انه كفل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المكفول له وهو الطالب في الدين وكذبه
في الاجل كان القول قول المكفول له لانه اقر بثبوت حق المطالبة بعد ثبوته والمكفول له يدعي عليه
المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه
المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول قول المقر له لان المقر اقر بالدين ثم
ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى
يثبت فيها من غير شرط بان كفل وكان الدين مؤجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى
لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة
الدين وقال الشافعي رحمه الله القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين مؤجل
وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال ابو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه
ابرهيم بن يوسف لان المقر اقر له بحق ثم ادعى تاخيره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى له
على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفا لة
وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار

معنى

معنى يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال
وانما نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس
بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له بمعنى الا ترى ان الدين حق الطالب والاجل
حق المطلوب ولو كان صفة له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا
كان عليه دين مؤجل وادعى عليه حالا وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة في الحال اذا اقر
يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه
في الحال وان قال حال ينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا
انكر الدين وقال ليس له قبلي حق فلا باس به اذا لم يرد اتواء حقه **قال** اليوم حو
ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى
له بالثمن على البائع لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق
وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ
ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن
على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك الا ترى انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه
البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت في يد الثاني
ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فلزم كفيله
ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل
به وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب
الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا تعمل الاجازة
المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها وعن ابي يوسف
انه ان اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدين قال

دين عليهما وكفل كل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة به ح

معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بان اشتريا منه عبدا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما اداه احدهما لا يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد
منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة
بين ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين ومطالبة
والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشرا اقوى من سبب الثاني
وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ
الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان
اكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة فقبضهما وقبض
الاخر من الفضة الخالصة قدر الفضة ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض ثمن الصرف
لان الصرف اقوى واكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة
وهي تبع للدين ولا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه
ايضا ان لا يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه واداء نائبه كادائه فيؤدي
الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد عليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان
ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال
وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول
الاجل كذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الكفيل يجعل عن صاحبه بتصادق
وهي واردة على مسئلة الكتاب **قال** وان كفلا عن رجل وكفل كل واحد عن صاحبه
فما اداه رجع بنصفه على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم
مثلا وكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه
بما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما يجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه
على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاءا وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لانهما عليهما
مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى نائبا عنهما فيرجع
بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصفه

على ما مر

وليس

وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه بما اداه لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب
يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتدا
فلا ينقض الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه دينا بامره احدهما
بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بامره هذا اذا
تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه
بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة
الاولى والصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل
بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون
كفيلا عن الاصيل بالنصف **قال** وان ابرا الطالب احدهما اخذ الاخر
بكله لان ابرا الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فيبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه
بكله فيأخذه به **قال** ولو افترق المتفاوضان اخذ الغريم ايهما
شاء بكل الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بيناه في الشركة **قال**
ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف لما بيناه من الوجهين في كفالة الرجلين **قال**
وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادى احدهما رجع بنصفه وهذا استحسان
والقياس انه لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده
باطل فعند الاجتماع اولى فصار كما لو اختلف كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان
يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما
بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب
لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت
كفالته بما عليه ~~كفالة~~ اصالة وكفالة المكاتب بما عليه اصالة جائز فكان كل واحد منهما اصيلا
في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية
فيتقدر بقدرها حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة
فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به

عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد
منهما تعلق باداء على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيح بما ذكرنا من الطريق ثم المسألة
على ثلثة اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا
والثاني يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته
لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان اديا عتقا
وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل
الثاني حيث يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس
للمولى ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا
شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى
المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته ان كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما
جميع المال ايضا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فكان
هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما
ذكره في المبسوط **قال** ولو حرر احدهما اخذ بما بقي من حصته من لم يعتقه •
معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق
لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة ويبرى عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام
المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه
حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح
الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة
فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء
اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة **قال** فان اخذ المعتق
رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق
كفيل بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل
الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة

واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه بعد
العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه ولا يمكن تنفيذه بالاصالة فيبقى كفيلا
قال ومن ضمن عن عبده مالا يوخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه
المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار والاستقراض وبالوطي عن شبهة
واستهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يواخذ بها في الحال وانما يواخذ
بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال
على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون
لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غايب
او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين موجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة
بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين الموجل في الحال ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق
ان كان بامره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله
بدين يوخذ به بعد عتقه احترازا عما يواخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا
او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة **قال**
ولو ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن له قيمته ولو ادعى على عبد
مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم
نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا قبل
ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة
العبد لان المدعي يدعي رقبة العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة
على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت
المدعي بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد
ملكه فاذا بخلاف ما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد او نكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة
في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه **قال** ولو كفل عبد عن
سيده بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر

ومعنى الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين
الا ترى ان له ان يجعله بالدين ولو اقرّ عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه
دين مستغرق لا يملك شيئا من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرما واما كفالة المولى عن العبد
فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت
الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع
لان احدهما لا يستحق على الاخر فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير
امره فبلغه فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فايدة كفالة المولى عن عبده
وجوب مطالبته بايفا الدين من سائر امواله وفايدة كفالة العبد عن مولاه تعليقه برقبته

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس قال وهي نقل الدين من ذمة الى
ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هي النقل مطلقا على ما بينا قال وتصح في الدين
لا في العين برضا المحال والمحتال عليه وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول
وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع الامة وقال عليه الصلوة والسلام
من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على تسليمه
فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبني على النقل والتحويل
وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي فيظهر اثره في
المطالبة مجازا ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين فمحسوس فلا ينتقل بالنقل
الحكمي بل بالنقل الحسي وانما يشترط رضاهما لان المحال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذمم
فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفا فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفي تاما
ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطالب
والناس مختلفا ولون فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسامح
ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه
او يسقط دينه ونظيره الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه قال

ويبرى

ويبرى المحيل بالقبول من الدين وهذا حكمها وقال زفر لا يبرا لان المقصود التوثق
وهو بازديا المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن ابي ليلى
يبرا من الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية تبنى على وفق المعاني
اللغوية ومعنى الحوالة النقل والتغيير والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل
لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي ان يكون موجبها
ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براة ذمة الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي
الحوالة باختيار من هو الاملى من المحيل واحسن من المحيل في القضا ولا يقال لو برى لما اجبر
المحتال على القبول اذا قضا المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع
والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوي فلم يكن اجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن
نفسه ثم اختلفوا في البراة فقال ابو يوسف تبرا عن الدين والمطالبة وقال
يبرا عن المطالبة فقط ولا يبرا عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرا
المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا احال
المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه
من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو اجل الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات
ان البايع اذا احال غريما له على المشتري بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت
وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة
بالدين واذا احال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة باقية
لان المحال عليه قايم مقام المحيل وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه
في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نايب المحيل قضا ومطالبته كمطالبة
المحيل والمكاتب على عكس ما ذكر فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما ثبت الحوالة وان
كان المحال عليه نايبا عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يودي بدل
الكتابة فان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق ان حرية المكاتب معلقة ببراة ذمته
وقد بريت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا لا يبرا واما

الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا ابطلت وكذا البيع اعلم
ان احالة المكاتب مولاه على رجل انما يجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقبله بالا لان
المحتال يكون نائبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما وكان له ولم يقبله
به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه غير
الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة لزم المحال عليه يكون الواجب على المحال
عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي احال غريمه
على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من اهله
وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى تلزمه بخلاف ما اذا تكفل الغير عن مولاه على ما مر ثم قال
ولم يرجع المحال على المحيل الا بالتوى وقال الشافعي لا يرجع عند التوى لان ذمة المحيل
قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب
وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى
عنده لا يعود الحق على الآخر كالمولى اذا اعتق عبده المديون فان الغرماء يخيرون في تضمين المولى
قيمته وبين اتباع المعتق فاذا اختاروا احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر
ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا
يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول
الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب
وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب
الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب
فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري
بالعوض كما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بالحوالة وهو فاذا فات
الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الآخر
وانما يثبت للمالك الخيار ابتداء يملك المغصوب من ايهما شاء فيأخذ منه عوضه من غير ان يحيله
عليه احد فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الآخر الا ترى ان ذمة

ليس

ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينقله الى الآخر فافترقا قال
وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا اي التوى يكون باحد هذين
الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا بان
لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك
بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكره
الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو
حيا وانكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة وقالا هو توى
لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء
بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع
الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور
حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون صالحا للوجوب بموته مفلسا
او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح
غنيا وبالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يورثه وهذا نظير ما لو
جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس
وقيل هذه المسألة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره
بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن
لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذا لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال
بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه فان طالب المحال عليه المحيل
بعد ما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب
الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى
الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال
عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على ان عليه دينا لان الحوالة قد
قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة

لان المقيدة توكيل بالادا والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له
وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل
لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة
واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة تستعمل بمعنى الوكالة وقال
محمد رحمه الله اذا صار مال المضاربة دينا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال
ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على
المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم
يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له
بطريق الوكالة منه ولو ادعى ان الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر
المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا لنفسه
لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل **قال** ولو احال
بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ اي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فاحال
بها غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة
مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرا
به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان
استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد يكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين
مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان يقيدها بدين له عليه او بعين في يده وديعة او غصب او نحوه
والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة او غصب او دين
او يحيله على رجل ليس عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى لان كلا منهما
يتضمن امرا جائزا عند الانفراد وهو تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والاتفاق وتوكيل
المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين او الدين
الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة انه لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين لكن
المحال عليه يرجع على المحيل بعد ادائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل الاداء

ولكن

ولكن له ان يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين
مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل
لانه خرج من البين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى
عنه وحكم المقيدة انه لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما احاله من دين او عين لانه تعلق
به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل حق المحال ولا يملك ذلك كما لا يملك
ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا يتعلق حقه بالعين او الدين بل يتعلق بذمة المحال
عليه فلا تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من الدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه وكذا باخذه
بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الاداء الا منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرا المحتال المحال
عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرا الراهن يرجع برهنه
ولو وهبه ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل
كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال
وهو القياس لان حقه متعلق به حال حيوته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون اخذه فصار
كالخارج عن ملكه فلا يقضي به ديونه ولئن كان ملكه ثابتا فتعلق حق المحتال سابق فصار
كالمرهون يختص به الراهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض
قلنا ان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفا فيكون بين غرمائه وهذا لانه
لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال
عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توي ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه ايضا
يد الاستيفا لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان ياخذه لان المحال
عليه لم يقيد الحوالة الا ليتمليك ما في ذمته او ليوفي من ذلك المال فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل
الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبتت عليه يد الاستيفا ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو
احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه
فلا يزاحم غرماء المحيل اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة
كانت مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود

الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الوديعة والغصب ونحوها
بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال من غرما المحال
عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرما المحيل اذا اقتسم الدين بين الغرما المحيل لا يرجع
المحتال على المحيل بحصة الغرما لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا ولم يبق له ان يرجع عليه
به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع على احد
قال —— وكره السفاتج • وهو قرض استفاد به المقترض امن خطر
الطريق وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرده عليه في موضع الامن وهو تعريب
سفته وسفته شي محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه الصلوة
والسلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به والله تعالى اعلم

كتاب القضا

والقضا في اللغة الاتقان والاحكام قال قايلهم وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع
السوابغ تبع اي احكم صنعها وفي الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات امر به كل
نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم
بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم والحاكم نايب الله في ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال
الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات
الحميدة يميل اليها كل لبيب وحسنه لا يخفى على احد ولولا ذلك لفسد العباد والبلاد
قال —— اهله اهل الشهادة • لان كل واحد منهما من باب الولاية على الغير
الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا
من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر قال —— والفاسق اهل للقضا
كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة لا ينعزل
ويستحق العزل واذا اخذ القضا بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ
قضاؤه فيما ارتشا وقال بعض اصحابنا اذا قلد الفاسق ابتدا يصح ولو قلد وهو عدل
ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد اذا دونه في التجارة

اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح
قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضا
صح • وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا مامونا لقوله عليه السلام القضاة ثلثة قاضيان
في النار وقاض في الجنة الحديث فسر القاضيين احدهما يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور
والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضا بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا
الا وسعها والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى مستحقه وهو
يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه عليه الصلوة والسلام سماه قاضيا ولولا ان
التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا حكم من تغلب من الامرا وجاز
تقلد الاعمال منه وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال ——
والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات
وجه الاول انه يجتهد حذار النسبة الى الخطا قال —— ولا ينبغي ان يكون القاضي
فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه
بالسنة والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود
من القضا دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة حقوق الله تعالى وهو من اهم
الامور للمسلمين واقوى واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما
اصابه من الناس كان اولى وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه
الصلوة والسلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين قال —— والاجتهاد شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق
واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم
ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليتمكن من استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها
من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بارايهم وقال بعضهم
يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي
وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين يكون من اهل الاجتهاد

ب بطريقها

والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد ان يكون صاحب قريحة ليعرف عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبتني عليها قال والمفتي ينبغي ان يكون هكذا نعني في العلم والامانة لانه اقدر على المقصود والجد من الغلط والاكثر اهتماما في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه اوثق فيعتمد عليه قال ويكره التقلد لمن خاف الحيف اي الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال وان امنه لا اي ان امن الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم وعلماءهم تقلدوا وكفى بهم قدوة قال ولا يسال القضا لقوله عليه الصلوة والسلام من طلب القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ الدخول في القضا مختارا لقوله عليه الصلوة والسلام من ابتلي بالقضا فكانما ذبح بغير سكين ولان القضا بالحق لا يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضا اليسير امن نبوته فهذا دليل على انه مسقط وان تعين هو للقضا بان لم يكن غيره يصلح للقضا يجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال ويجوز التقلد للقضا من السلطان العادل والجاير ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي رضي الله عنهما وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه القضا الا بالحق فيحرم عليه لانه لا يحصل غرض المسلمين قال فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الاوصيا والقيام في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان انما وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضا لان القاضي يكتب نسختين احدهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يومن عليه التغيير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق في بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد

انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي عمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه بطلبه ويبعث عدلين من امنايه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه ويسالان المعزول شيا فشيا فما كان من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة وما كان من نصب الاوصيا في اموال اليتامى يجمعانه في خريطة اخرى وما كان من الصكوك يجمعانه في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة وبان يجمع يسهل واما يسالان المعزول وان لم يكن قوله حجة ليتكشف عنها ما اشكل عليهما فاذا قبضا ختما عليه لئلا يتطرق اليه التغيير قال وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد ينظر في حالهم حجة ملتزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا يعجل بتخليته قال والا نادى عليه اي ان لم تقم عليه بينة ولم يعرفه نادى عليه لان المحبوس حبسه بحق ظاهرا فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا مضى اي القاضي ان يطلقه فان حضر له خصم والا اخذ منه كفيلا واطلقه والعذر لابي حنيفة بين هذه المسألة وبين قسمة التركة حيث لا يوخذ من الورثة كفيل اذا ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسألة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال ويعمل في الودايع وغلات الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال ولم يعمل بقول المعزول الا ان يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودايع والغلات الوقف لان المعزول

ابي

اي يامر

او

النحي بالرعايات فلا يقبل قوله الآن لعترف الذي في يده ان القاضي سلمها اليه فيقبل قوله
فيهما لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره
الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار للغير ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم
المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر
بانه سلمه اليه بعدما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمها ما ذكرناه او يقر بان المعزول
سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه
في يد القاضي والرابع ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر
قال ويقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال
الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا
المسجد الحرام والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولانه هيئ لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات
لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلوة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم
وكان عليه الصلوة والسلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفا الراشدون كانوا يجلسون
للحكم في المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ولانه
ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي فكان اولى
وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك اعتقاده والحائض يخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج
لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة والجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس وذلك
لان الحكم عبادة فلا يختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله واذا جلس للحكم في منزله اذن للناس
بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس
اذا كان منزله في وسط البلد والا فليقعد في وسط البلد لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس
للحكم ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيها حاجب ولا بواب افضل ولو حكم في
اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماشي لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس
بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكئ لانه لا يزيد في الراي
لزيادة راحة فيه ولكن القضا مستويا الجلوس افضل تعظيما لامر القضا وعن ابي يوسف

رحمه الله انه استفتي عن مسئلة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر
الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا باس به وان كان عالما بالقضا
وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم لانه لا يؤمن من ان يزل عن الحق
فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان
حيث يكونوا بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال ويرد هدية
الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام
والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضا وانما هي جري على
العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل
القضا فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لانها نسبة الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا
كانت الصحابة رضي الله عنهم قال ودعوة خاصة • اي لا يحضر دعوة خاصة
لانها جعلت لاجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة
خاصة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من
القرابة او من غيره وبين ما جرت له عادة بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي
وبين المضيف قرابة يحضره في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكر
الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا يحضر الدعوة
الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ
الدعوة لاجله قبل القضا فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه الصلوة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا
دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه
واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل
مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال
ويسوي بينهما جلوسا • اي يسوي الخصمين في الجلوس لقوله عليه الصلوة والسلام اذا ابتلي
احدكم بالقضا فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على

خصمه وتنكسر همته صاحب فيؤدي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي
القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك
منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي
قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا ورفع صوت ولا يقعد
احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تفضيلا
له على صاحبه فيعدل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن
وبين الخليفة والرعية وبين الدني والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على
الملك الذي ولاه القضا وهكذا فعل شريح رضي الله عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلي
رضي الله عنه خليفة فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج فيما يجده في قلبه من الميل الى احدهما
بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه **قال**
ويتقي عن مسارة احدهما والاشارة اليه وتلقين حجته وضيافته اي يجتنب هذه الاشيا لان
فيه تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما
قال والمزاح اي يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما
في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره فانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما يفتقر اليه
لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان شا بداهما بالكلام
فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبتداه بالمنطق وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة
لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى
امره بالسكوت واستنطق الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما
جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك
لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه سال المدعي البينة
فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب يمينه ويرتب الناس من الفضل على ترتيب
مجيئهم فيبدا بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النسا والرجال
في دفعة بل يجعل الرجال ناحية والنسا ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخرى دعوى

فيجلسان بين يديه وقت الدعوى **قال** وتلقين الشاهد اي يجتنب
تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين واستحسنه ابو يوسف في غير موضع
التهمة لانه قد يحضر وقد يقول اعلم مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احيا
الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه
وبين اشتغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا النوع رخصة عنده رجع اليه بعدما تولى القضا
والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس

ولما كان بعض
الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا
وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع
الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه الصلوة والسلام حبس
رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان
الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن
ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالربط
ولما كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن
نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه فبنى سجنا اخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

الا تراني كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع مخيسا

قال واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض
والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده
او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه
بالتعلق فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره ما لم يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله
مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلوة والسلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة ثم
شرط المصنف الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينه او اقرار
وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره
وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول وهلة فلعله طمع في

الامهال فلم يستحق المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر
الشهيد والمحكي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة تعذر فيقول
ما علمت ان له دينا الا ايسا فاذا علمت قضيت ولا ينافي ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكر
هنا فانه يومر بالايفا مطلقا لانه يحتمل ان لو في فلم يعجل بحبسه قبل ان يتبين له حاله
بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يساله فان اقر
ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال
فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى
حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما
ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد كالكفالة
به كما ذكرنا قال ـــــــ ولا في غيره ان ادعى الفقر الا ان تثبت غناه فيحبسه
بما راى ● اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل اروش الجنايات وديون
النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك ما لبس ببدل المال ولا ملتزم بعقد ان ادعى
الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك
بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول
لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا بخلاف الفصل
المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال حصل في يده ولا يلتزم ما لا يقدر عليه فظهر
غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه ما تعورف تعجيله والزايد عليه لا يحبس
فيه لانه جرى فيه التسامح بتاخير المطالبة وان كان مالا بدل دخوله في العقد على انه
قادر عليه واختار الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو
العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن اصحابنا واختار ابو عبد الله
البلخي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في
ملكه مال وعرف قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن
اصله وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك كان القول فيه قول

المدعى عليه لانه لم يدخل شي في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي
عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان
القول قول المدعى عليه لانه لم يدخل شي في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي
عن ابي حنيفة كما في نفقة المحارم ونحوها وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم
كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول
للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر
وطلبت نفقة الموسرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وهاتان وذكر في كتاب
العتاق احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان
المسئلتان مخرجتان على الاقوال كلها ولا تخالفان شيئا منها فيكون القول فيهما قول المنكر
باتفاق الاقاويل وقال ابو جعفر البلخي يحكم الزي فان كانت هيئته هيئة الفقير
يعني الزي كان القول قوله وان كانت هيئة الاغنيا كان القول قول المدعي الا اذا
كان من الفقها والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم
وقوله يحبسه بما راى اي يحبسه قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي
او في غيره ولكن المدعي اثبت المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا يشير
الى انه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه حتى يغلب
على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص
والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جا فيه من التقدير بشهرين او ثلاث
او اقل واكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما قال ـــــــ ثم يسال عنه ● اي
القاضي يسال عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره
اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان
احوط وكيفيته ان يقول الشاهد ان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله
ضعيفه وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السوال
من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار

شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن
لو سال مع هذا كان احوط **قال** فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته
ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
فحبسه بعده يكون ظلما **قال** ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن
ملازمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يمنعهم لانه منظر
بانظار الله تعالى الى الميسرة ولو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لم يكن
له حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانظاره تعالى بل اولى ولكنا نقول هو منظر الى زمان
قدرته على الايفاء وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته
الدائرة فياخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطالب قبل حلول
الاجل مع القدرة على ادائه لانه موجل وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة
ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه **قال**
ورد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة على النفي ما تتايد بمويد وهو الحبس
وبعده تقبل على سبيل الاحتياط على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان يفتي
ابو بكر بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول **قال**
وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه على الاعسار
كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات **قال**
وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده
في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه
فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسالة
اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر له
مماطلته بعدما اقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر **قال** ويحبس الرجل
لنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع من الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها
تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها

ليست

ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا **قال** لا في دين
ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله
ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه حد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه **قال**
الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه
فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك
عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكن دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة
فتسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي
الزمان فلا يخاف فيها الفوت وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا
يحبس بدين عبده الماذون اذا لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين
يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمنع ولا يحبس العبد بدين المولى
لانه لا يجب عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان
من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه
فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه
والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية ويضمن ما اتلف من ماله
فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه
لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضاه ولانه يصير
ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه
يتمكن من اسقاط هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيعود رقيقا فيسقط دين المولى فصار
كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة لا تجوز به كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي
والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره
من الديون وصفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يدخل احد يدخل عليه
يستانس به ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا لعيد رمضا ن
ولا للاعياد ليضجر قلبه ولو في ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج

حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يخدمه وان مرض مرضا اضناه فان كان
له من يخدمه والاصح ولا يخرج لمعالجة لانه لا يمكنه المعالجة في السجن موضع سنة لان اقتضا
شهوة الفرج كاقتضا شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فصول الحوائج بخلاف الاكل والشرب
فان منعه يؤدي الى الهلاك وهو يحض تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك
ولعله يجوز قبله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وقيل انه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة
والتدبير في قضا الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر
حتى يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب القاضي الى القاضي

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضا لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه
وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة وكان ذكره فيه انسب قال ويكتب القاضي الى
القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان كتابته لا تكون اقوى من عبارته
فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب
قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم وكان اكثر احتمالا من البينة ووجه الاستحسان
ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين
شهوده وخصمه وهو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد
هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة
على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة
على وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو يعدل الشهود
ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه
من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين
والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا
للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة
كالعبد والجارية وغير المنقول كالعقار وروي ذلك عن محمد وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به

للضرورة

للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول لانه يحتاج الى الاشارة عليها عند الدعوى والشهادة
بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله
والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين والنكاح كالدين
وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد دون الامة
وغيرهما من المنقولات لغلبة الاباق فيه والتعدد دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليبعثها
الى الكاتب وعنه اجاز في الامة ايضا بشرايط وهي ان يكلف المدعي الى انه كان له عبد ابق وهو
اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب
القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بالعبد الهندي الذي يقال له فلان جنسه
كذا وقامته كذا وسنه كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلد كذا وهو اليوم عند فلان
بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب وختمه بشروطه على ما يجي سلم
العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ
كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض
في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى
ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب ويشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر
المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه
فاذا شهدوا احكم وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم للغايب
لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غايب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد
شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي
له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل اليه الكتاب فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل
به كذلك لتقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه
وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فيه اذا شهدوا على
خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم قال ويكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتبه حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان

ولا يكون الكتاب مذكوراً ها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه
او من يقوم مقامه الا اذا اقر انه غاب بعد الحكم عليه وجحد فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ
حكمه **قال** والا اي ان لم يكن الخصم حاضراً لا يحكم لان الحكم على الغايب
لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث
لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتدا حكم فلا يجوز له
قال وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل
الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب لا يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه
ولهذا الحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له
ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد اتصل الحكم بالقضا وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم
غايباً والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذاً لا فرق بين كتاب القاضي
الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول
والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل
الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم **قال**
ويقرا عليهم ويختم عندهم ويسلمه اليهم اي القاضي الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرايطه
لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون
العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه
اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في ساير الشهادات
ومن شرايطه ايضاً ان يكون الكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم
من او اخل بشي منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على
الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه والمدعي على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر
جدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شا وان شا اكتفى بذكر شهادتهم وعن ابي يوسف
رحمه الله انه لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على انه كتاب فلان ولا على القاضي
سوى كتابته لحاجة الناس الى ذلك فلا بد من معرفتها واختاره شمس الايمة رحمه الله لكونه اسهل

قال **قال** فان وصل المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود
لان الكتاب للحكم به فلا يقبل الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حتى يسمع
الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث لا يشترط
فيها حضور الخصم عند الادا الا عند النقل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبل الا ببينة عند
انكار الخصم لانه كتاب القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب
الاستيمان من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا
يلزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين واقرار الخصم ولا يلزم رسول
القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبراً بلا بينة لان الالزام فيه
بشهادة الشهود بالتزكية وقال ابو يوسف رحمه الله ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب
بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة **قال** فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي
سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتح القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه
يعني اذا ثبت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان
القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من الثقاة فزكوا واما قبل ظهور
عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا يثبت
عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي لا يشهدون
بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه
قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الى اخره شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه
الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول
البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه
ان يكون هذا قول ابي يوسف فان عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي ايضاً اذا جا
به وحده وكذا اسهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره
قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف
شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا في تلك المسافة

فمنهم من قال هي مقدرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلثة ايام في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف انه كان في مكان لو غدا لادى الشهادة لا يستطيع ان يبيت الا في اهله صح الاشهاد
وعن محمد انه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف
الفقها ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر لصدقكانهما اعتبراه بالتوكيل
وفي الظاهر اعتبر العجز **قال** ـــــ ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات
او عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة
على الشهادة فموت الاصول قبل ادا الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا
اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف رحمه الله يبطل بل المكتوب اليه يقضي به
ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ان القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع
وكتابه بمنزلة ادا شهود الفروع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب
اليه والنقل قد تم بالكتاب فصار بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد ادا الشهادة قبل القضا بها
فانها لا يمنع القضا فكذا هذا او هذا الحكم في كل شاهد مات بعد ادا الشهادة قبل الحكم بها ولهما ان القا
الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا ان لهذا النقل حكم القضا الا يرى ان هذا
النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب
هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضا فثبت ان لهذا النقل
حكم القضا ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضا على المكتوب اليه ولا يجب القضا على المكتوب
قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضا فلم يكن النقل
تاما فيبطل بموت القاضي كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف
شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادايهم الشهادة لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم
فلا يسقط عنهم الوجوب بموت الاصول او بموت الفروع كما في ساير الشهادات اذا مات
الشهود بعد الادا قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع
هذا وحكم به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاه صادف محلا مجتهدا فيه
لان هذا مختلف فيه وان كان الاختلاف في نفس القضا ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر

بخلاف

بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضا حيث ينفذ بنفس القضا لما عرف في موضعه
ولو مات القاضي الكاتب بعد ما نفذ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه
لانه وجب عليه القضا به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد ادا الشهادة
قبل الحكم بها وفي اختلاف زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضايه
قال ـــــ وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب اي علاف
القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب
اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد الى القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا
يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جا بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من
قضاة المسلمين **ولنا** ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون
في الامانة فصار نظير الامنا في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين لانه اعتمد الكل فكانه كتبه اليهم بخلاف ما اذا قال ابتدا الى كل من يصل اليه
من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم فيه احد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط
وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضي
الى القاضي وصار وغيره تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة
حين ابتلي بالقضا واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة
قاض اخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به وهو
لو حضر وتكلم به لم يسمع كلامه لانه لو احد من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه
كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب حينئذ كالخطاب للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور
الكتاب في موضع القضا او يقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما يقبل للضرورة ولا ضرورة
الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه
ثانيا ان يكتب كتابا الى قاض اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا
ان يكتب الى اخر وهلم جرا لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب

اليه حكما فصار دوا كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى
نقلها امرا ماسة وهي المحوجة للنظر **قال** ولا يموت الخصم يعني لا
يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وكما يجوز كتاب القاضي الى
القاضي يجوز كتاب القاضي الى الامير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير
ولا يكتب اكثر من ذلك فان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة
كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصر الامير ولكن استحسنوا ذلك
للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما يعجز عن اقامته في كل وقت ولو
شرط ذلك يحرجوا لان كل واحد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه التفحص
عن احوال الشهود فيقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير
في مصره وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس لعدم
جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه **قال** وتقضي المراة في غير حد وقود
لان القضا يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحد والقود وكذا يجوز قضاؤها
ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز ان تولى المراة القضا لنقصان عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة
فكذا القضا كالرجل **قال** ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك
بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضا لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل
لا يوكل بغير اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور بها ان يستخلف لكونها على شرف الفوات
ثم اذا احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرطها
فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت
بالاصل فكان الثاني بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلوة
وجازت صلوته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة لهذا لو افسد المستخلف
الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فاجازه
القاضي جاز هذا اذا كان اهلا للقضا وان كان رقيقا او محدودا في قذف او كافرا لم يجز

وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان وارثه يقوم مقامه فينفذ له ح

وكذا

وكذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه كالوكيل بالبيع
او الشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه جاز ولو فوض اليه الامام ان
يستخلف بان قال ول من شئت له ان يولي نائبا فيصير نائبا عن الامام في التولية حتى
لا يملك عزله كالتوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك
عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصا الى غيره ويملك
التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الموصي عن
التحري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره
دلالة كيلا يفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا يفوتهما
المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل من شئت كان له العزل لانه نائب
الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس
متفاوتون في الامانة والتصرف **قال** واذا رفع اليه حكم قاض امضاه
ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر
وقد يترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما
نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجي قاض يرى خلاف
ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كثر اشغاله قلد القضا ابا الدردا
واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر المقضي عليه فسأله عن حاله فقال قضي علي
فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضا قال ليس
هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم
قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم جا قاض اخر يرى غير ذلك امضاه قيل
يكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد به فتوهم انه
انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما حتى
لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني

ذكر في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الايمة هذا هو ظاهر المذهب ولو قضى
في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه
روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد
نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه
الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما
ذكر من الادلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة
غير سايغ فينقض وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما
ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي فحاصله ان الذي قضى به الاول لا يخلو من اربعة
اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه
واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض
له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق
المضاف فابطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن ان يقول
ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضا ففيه روايتان ن
في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا
قضى فحينئذ وجد محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا قضى فحينئذ وجد محل الخلاف
والاجتهاد فلا بد من قضا اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضا على الغايب وللغايب وقضا
المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضا الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضا
على الغايب او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة
حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضا فقبل القضا لم يوجد
محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاوه
ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاه وقع باطلا لمخالفته
الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد ويمين
او بالقصاص بتعيين الولي واحدا من اهل المحلة وبيمينه او بصحة نكاح المتعة والموقت

او بصحة بيع عبد معتق البعض او بحل متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة
او امة الجد وبسقوط بمضي سنين او بجواز بيع جنين تحت امه ومات في بطنها او بحل
المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال عفو المراة عن القود او بعدم
وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه
باطلا ولا ينفذ بالبينة وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما
يجوز واصل الخلاف فيها اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم اجمع العلما على احد القولين
في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم
وعندهما لا يرتفع فيكون خلافا باقيا على حاله وقال شمس الايمة يرتفع بلا خلاف وانما
ينفذ حكم الحاكم عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي بخلافه لضعفه
قال ـــــ وينفذ القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا
لا في الاملاك المرسلة اي في الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه وقال لا ينفذ الا ظاهرا
وهو قول محمد والشافعي لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود
عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لو ظهر على امراة وهي منكوحة
الغير او معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك
زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيد المنازعة عنه
بينهما وقد عهدنا نفوذه مثل ذلك في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما
كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا فسخ القاضي بينهما البيع فينفذ
الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطي الجارية المبيعة وكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد
علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت
زوج او كانت معتدته لا يقبل الانشا وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه يثبت مقتضى
في ضمن صحة القضا وما يثبت اقتضا لا يراعى فيه شرايط وشهادة العبيد ونحوهم ليس
بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه وانه لا يمكن الوقوف عليهم فلم يمكن شهادتهم

حجة وانما لم ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان من اسباب الملك مزاحما وليس تعيين
البعض باولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في موضع التيسير
فتعين الالغا بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا والاجارة والنكاح
والاقالة والفرقة بالطلاق اوغيره ومن الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع باقل
من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشا التبرعات في ملك الغير والبيع
باقل من القيمة تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان العقود في ضمن صحة القضا فلا تشترط
فيه شرايطه ولا تختص بمحل لان البيع باقل من القيمة يتبرع الا ترى ان المكاتب والعبد
الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة ان زوجها ابانها بثلاث اوبواحدة فجحد الزوج
حلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من
ميراثه شيا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلثا لبطلان المحلية للانشا قبل زوج
اخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت الانشا على قياس
ابي حنيفة وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وههنا لم يقض
به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته
عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان ولم يحتج القاضي الى القضا بالنكاح **قال**
ولا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي على الغايب
سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب وقال
مالك والشافعي يجوز القضا على الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلوة والسلام
قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غايب فقال لها خذي من مال ابي سفيان
ما يكفيك وولدك وقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور
خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضا بها كما اذا
كان الخصم حاضرا **ولنا** قوله عليه الصلوة والسلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى
تسمع كلام الاخر فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي
بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه

القضا

القضا نسبته في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر واحكامهما مختلفة
فانه بالاقرار تقتصر وبالبينة تتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه عليه السلام
قال انك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه القضا
يشترط لصحة القضا وان الجهل به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا
لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ولا مع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون
حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا وانما كان فتوى واعانة لها على اخذ
ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلوة والسلام عالما
بانها امراته ولم تكن على وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على
المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد
البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي بازايه بكلام
المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة
على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب عن المدعى عليه حيث يحضر هو او من يقوم
مقامه فيقضي عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو اقر
عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه يقضي عليه وهو غايب لان له ان يطعن البينة فيبطل
به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون
بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون قد
يكون حكما وذلك بان يكون ما يدعيه على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعا
احدهما ان يكون ما يدعي على الحاضر والغايب سببا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد
انسان وانكر ذو اليد وادعى انها ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان
الغايب اوادعى في دار في يد انسان شفعة ان ذا اليد اشتراها من فلان وقال
ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها من فلان الغايب
اوادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغايب بامره فاقر الحاضر بالكفالة وانكر الدين
فاقام المدعي البينة ان له على الغايب الف درهم يقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق

على الغايب والحاضر حتى اذا حضر الغايب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني
ان يكون ما يدعيه عليهما بشيين مثل ان يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه ثمانون سوطا
او قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما
فان البينة تقبل ويثبت العتق على الغايب لان العتقين كشيء واحد اذ لا ينفك احدهما
عن الاخر لان ولاية الشهادة لا ينفك عن الحرية وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو اقام
احد الوليين البينة ان شريك الغايب عفى عن القود وقال الثالث نصيبي حالا انقلب مالا اذ كان
احد الحقين ينفك عن الاخر لا تقبل في حق الغايب وتقبل في حق الحاضر مثل ان يدعي
رجل انه وكيل الغايب بنقل امراته او عبده اليه فاقامت المراة والعبد بينة انه اعتقه
او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا تقبل في حق وقوع
الطلاق والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها زوجها
من فلان الغايب واراد ردها بعيب الزواج لا تقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب
ولو كان ما يدعي على الغايب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغايب يتضرر
بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغايب مثل ان تقول المراة لزوجها انك علقت طلاقي
بطلاق فلان الغايب زوجته ثلاثا واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل
بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان
الغايب الدار واقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتاخرين من
قال في الشرط هو ايضا تقبل مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي لانه دعوى المدعي كما يتوقف
على السبب يتوقف على الشرط ايضا **قال** ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب
الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب
لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير هذا لان الاقراض تبرع الا ترى
انه لا يجوز التاجيل كساير التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى
بان يجحد المستقرض على مر الزمان ويرد شهوده لانه ما كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل
شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن

الشرط هو

ولو اخبر هذا الحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية
قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال
المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا او كذا او قامت عندي عليك بينة بكذا او كذا فعدلوا
وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه
بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى فلو قال
في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرار او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا
يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه لانه حكي ما يملك
استينافه فيملك الاقرار به وقال غيره الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل
او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة
بان عمي او ارتد والعياذ بالله وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب او اغمي عليه وبرئ منه
او قدم من سفره او حبس كان على حكمه لان هذه الاشيا لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة
وكذا لو ولي القضاء ثم عزل منه فهو على حكومته لان العزل لا يوجد من جهة المحكمين وانما
وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفاد من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو
حكم بينهما في بلد اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين
جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا بهما لا براي احدهما
والله تعالى اعلم **قال** ويبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي بخلاف
حكمه عليهم اي يبطل حكم المحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه تهمة في حكمه لهم
فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابي
امراته وامها وكذا لامراة ابيه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته جايزة
لهم فهذا هو الفرق وان كان ميتا لم يجز لان القضا له فصار لزوجته وولده اذا كانوا متوارثين
وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة القضا للاخوة والاولاد والاعمام لان شهادته لهم جايزة

باب مسائل شتى قال

لا يتدد ذو اسفل فيه ونقب كوة بلا رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علو

فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وما لا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو شيئا
او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا تعسر لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر
مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه
وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو بالضرر بالغير فما اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل
هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالراهن والعين المستاجرة والاطلاق لعارض
وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء هي المشكل فظهر فيها ثمرة
الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البنا
لعدم التعدي ولكن لصاحب السفل ان يبني ان شا ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البنا ويمنعه
من السكنى حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن
الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث
لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك
حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم
بعض الدار وبعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه
ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته
لتعديته بمحل تعلق به حق الغير كالراهن بعتق العبد المرهون او لولي العبد الجاني يتصرف فيه
بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير اذن الاخر
لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه ان يجبره وذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة متعيبة والعبد
الجاني وان لم يجبر يكون متطوعا كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه اصلا ولم يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باصلاح فصار مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو تصرف
صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو
وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال ـــــــ زائغة مستطيلة ينشعب عنها مثلها
غير نافذة لا يبيع فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة ● معناه سكة طويلة ينشعب عنها سكة اخرى

طويلة

٢١٦

طويلة وهي غير نافذة وانما ذكر لا حملها على الخصوص الا ترى انها لو بيعت دار منها كان حق
الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب يخرجوا منه اليها اذ الا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لانها
ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق لهم ضرر بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت
نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لان له رفع
جداره وهو ان ينقض كله فاولى ان يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه
لا بد له عليها باب ويدعي حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم
له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزائغة مستديرة حيث يكون
لكل واحد من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي يكون فيها اعوجاج حتى
بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب
حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق
المرور اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا
فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه
بان يبني بينه وبين جاره حايطا وعن ابي يوسف ان الجيران اذا تاذوا من دخانه فلهم منعه
الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ حظيرة غنم والجيران يتاذون من نتن السرقين
ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم
ذلك يعسا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد بنا تنور في داره للخبز الدايم كما يكون
في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا
فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو
سقط حايط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده في البنا قال اصحابنا لا يجبر
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان ان كان
الحايط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا اجبر وقيل ان كان يقع بصره
في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع في سطحه فلا منعه قال ـــــــ

ادعى دارا في دار رجل انه وهبها له فسال البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل
الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل وبعده تقبل لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي
الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه
الثاني يمكن الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحد
في الهبة والمسئلتان بحالهما لا تقبل في الاولى وتقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه
ولا فرق بين ان يقول جحد في الهبة او لا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي
شرا ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد ذلك لانا نقول لما جحد
الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا اذ جميع العقود تنفسخ بالجحود اذا
وقعه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكرهما تاريخا او ذكر
لاحدهما ينبغي ان تقبل بينة لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا متاخرا او مثله لو ادعى دارا في
يد رجل انه لو اشتراها من ابيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف
ذو اليد فاقام المدعي بينة انه ورثها من ابيه تقبل لامكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض
انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يكن التوفيق من المدعي والا فلا توفيق وقيل للتوفيق من غير دعواه
قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان **قال** ومن قال لآخر اشتريت
مني هذه الامة فانكر للبايع ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا كان ذلك فسخا
منه اذ الجحود لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة
فجاز الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا عزم البايع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطيها
ولو ان يردها على بايعها بالعيب لو وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري
بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف
المشتري ان يردها على بايعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عن التحليف فاعتبر
بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد
عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد
بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم وهو التفرق في الجارية بالنقل من موضع الخصومة

اداعى

٢١٩

اي بينة او بالاستخدام او امساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل
قد يوجد دلالة كمن قال للآخذ والاستعمال لا عمل بدون القبول **قال**
ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق معناه اذا قال قبضت منه عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق سوا قال ذلك موصولا او مفصولا ولذا اذا ادعى انها نبهرجة ولو
ادعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة
ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق في انكاره قبض حقه عن عينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن
او استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لانه متناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه
في الجياد فكان الاقرار بحقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفا عبارة عن قبض
الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع
ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البايع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد
اقر بانه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا تقبل
كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما
اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت
دراهم جيادا والاصيق في دعواه الزيوف مطلقا سوا كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر
انه قبض الثمن او حقه واستوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق
وهو المراد بما ذكرناه وان كان موصولا صدق قال ذكر شيخ الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت
المال والنبهرجة ما ترده التجار والستوقة ما غلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة
والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوقة عندهم
ما كان عليه الصفر او النحاس هو الغالب **قال** ومن قال لآخر لك علي الف فرده
المقر له بان قال ما كان لي عليك شي او قال بل هو لك او لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك
في مكانه او بعده فلا شي على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى
فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه

لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فيبقى على حاله فعمل
فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا بخلاف ما اذا اقر بنسب عبد له لغيره
فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى اذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان
الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار او الابراء عن الدين
او وهبه له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لغيره وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد
بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو اقر بشيء لانسان كالدين وغيره
فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد
لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال
ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه دينا واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف اذا ادعى انه اقر
كاذبا واراد تحليف المقر له يحلف بجريان العادة بالاشهاد على هذه الاشياء قبل تحققها بحوز اعني
امتناع الاخر **قال** ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن
المدعي على الف وهو برهن على القضاء والابراء قبل اي اذا ادعى رجل على رجل الف درهم فقال
المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة ان له عليه الف درهم واقام المدعى عليه البينة انه
قضاه او ابراه المدعي عنه تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابراء يكون
بعد الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه
الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح عن شيء فيثبت ظاهرا ثم تنقض الا ترى انه لو ادعى القصاص
على شخص فانكر فاقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة على العفو او الصلح عنه على مال
تقبل بينته وكذا الوجه يحتمل ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك علي شيء
لان التوفيق فيه اظهر لانه للحال **قال** ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه
الكلمة على ما ذكرنا بان قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء
او الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع واخذ واقتضاء
بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد
تؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق

بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه
لا تقبل بينته وقال في الكافي قيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات
وقالوا فيمن قال لم ادفع شيئا ثم قال دفعت اليه لا تقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار
المدعي بذلك فتقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار **قال**
ومن ادعى على اخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن
البائع انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل اي وجد المشتري بها عيبا فردها عليه فاقام البائع
البينة انه ابراه من كل عيب لا تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انها تقبل لان التوفيق
ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما
ذكره ابو يوسف انه لو ادعى الشراء من شخص وهو ينكره فاقام البينة على الشراء منه واقام المنكر
البينة انه قد رد المبيع تقبل بينته لما ذكرنا من التاويل او نقول اضافه بلبينة كاذبة ثم استقاله
منه فاقاله وجه الظاهر ان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره
فيقتضي وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد انكره فيكون متناقضا بخلاف
ما تقدم من مسئلة الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر **قال**
ويبطل الصك بان شاء الله اي يبطل صك الشراء او الاقرار اذا كتب في اخره ان شاء الله حتى يبطل
الشراء او الاقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في
اخر الصك ومن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله او كتب فما ادرك فلانا من درك فعلى خلاصه
بطل الصك كله عند ابي حنيفة حتى لا يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه وهو
الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله اذ الاصل في الجمل الاستقلال
والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا فيكون ضدا فصله فينصرف
الى ما يليه ضرورة الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلائه وقال في اخره تفعل كذا
وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل
كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله
عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله وما ذكر من العادة انما جرى بان

يترك فرجة او يكتب بخط على حدة فلو فعل ذلك هذا انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا
الاقرار لان العجز كالسكوت حالة النطق ولان الاستثناء انما يكتب في كتب الرسالة للتدارك
عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع ثم ذكر ذلك في الكا ب
لان العادة جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه اى وكيل بالخصومة
باثبات ما فيه من الحق وفايدة هذه الكتابة ان يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة
باثبات ما فيه من الحق لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل المجهول
وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضي به فقد اسقط حقه والاسقاط ط
يجوز وان كان مجهولا اذ لا يؤدي الى النزاع ثم لو كل من شاء وقيل لا يتقيد على قوله ايضا وانما
يتقيد على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لا يتقيد الرضا به وعند ابن ابي
ليلى يجوز فيتقيد قال وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد موته
وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قولهم وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث
والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب اوقاته واقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف
اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة
وهذا الظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح
للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة
اسلمت بعد موته فالقول للورثة ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها
ذلك واما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم الظاهر الحدوث ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح للاستحقا ق
وهو يدعي به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم
في المسئلتين ولا يرد على هذا مسايل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل
عبد فقال رجل قد كان عبدي وهو في ملك البايع وقال المشتري فعاينته وهو في ملكي كان القول
للمشتري فيأخذ ارشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون العبد لرجل وارشه لغيره
فلهذا استحق هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان ماء الطاحونة
وحكم الحال وكان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر

اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا في الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به
به وهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسئلة الميراث
فانها ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وقالت
الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب
اوقاته لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه فترث
قال وان قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه
يعني اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره
فانه يجب عليه دفع المال باقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا اقر
انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل بالزامها عن يده لان يد المودع
كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض
دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بخالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بخالص حقه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له ان يسترد
من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغي له ان يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق
المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وانكر التوكيل ولو لم
يسلم الى الوكيل حتى ضاع عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لانه في زعمه
وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان هل يؤمر بالدفع
ولو ادعى انه وصي الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يؤمر بالدفع اليه
قال وان قال لآخر هذا ابنه ايضا وكذبه الاول قضى للاول • يعني قال
مودع الميت لرجل اخر بعدما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه الابن الاول قضى بالمال للابن
الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان
الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغي ان يضمن المودع
هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا ابدى بالاقرار ما في يده لانسان ان القاضي
المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا هنا ايضا يضمن بعينه اذا دفع الى

المكفول الاول بقيد قضا القاضي ذكر في النهاية **قال** ميراث قسم بين الغرما
لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا
غيره لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منه كفيل بالاتفاق
وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا
يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك نذكر في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان
القاضي ناظر للمغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غايب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الآبق الى صاحبه او اعطى امراة الغايب النفقة من مال زوجها ولابي
حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا
اثبت الشرا ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا لان القاضي مامور بما ظهر عنده
لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تاخيره اذا ثبت انه لم يجد كفيلا الا ان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما
اذا كفل لاحد الغرما بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف في
الاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما ثبت ببينته حرم تاخير حقه ولا كذلك الدفع فذكر العلا
لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا اجاز منعه فكذا تاخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات
بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيرهم ولا غريم
بالاتفاق ولو كان التاخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى معنى آخر
بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل حق موهوم غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم
له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم يكفل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه
بطلب علم زايد بانتفا الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جايز الا ترى ان القاضي يطلب
من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه
يراد به طمانينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى راي القاضي وقدره الطحاوي بالحول
وقوله وهو ظلم اي ميل عن سوا السبيل وفيه دليل على ان المجتهد يخطي ويصيب وعلى ان ابا حنيفة
بريء من الاعتزال كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال لابي يوسف بن خالد السمتي كل مجتهد

مصيب

منه

مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المامور به وهو حجة
في حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطا الحق الذي هو عند الله فيكون كانه
قد اصاب الحق **قال** ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ له غايب وبرهن
عليه اخذ نصف المدعي فقط يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصف الغايب في يد
ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه وقالوا ان كان الذي في يده
جاحدا اخذ منه وجعل في يد الامين وان لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خاين فلا يترك في يده اذ لا
يؤمن الجحود بايبا والقاضي نصب ناظرا للمغيب وليس في تركه في يده من النظر شي لان البينة لا
توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فيتعين الاخذ منه ووضعها في يد عدل ولانه يخاف ان يتصرف
فيه لانه يدعي ان الشي له وهو في يده ولا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف
ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين ولابي حنيفة ان الحاضر ليس بخصم عن الغايب
في استيفا نصيبه وليس للقاضي ان يتعرض لودايع الناس ولا لعبيدها حتى يأخذها من ايديهم حتى
عنده فصار نظير ما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم راه في يد غيره فانه لا يأخذه منه ولا يتعرض له
ما لم يحضر خصمه وكذا هذا لان القضا وقع للميت مقصودا ولهذا اقضى على ذي اليد بكل الدار بحضور
البعض من الورثة ويقضى بها ديونه وينفذ فيه وصاياه وصاحب اليد مختار الميت او يحتمل
ذلك فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي فالظاهر انه لا يتصرف ولا يمكنه
الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت
القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضا او الذين شهدوا
باصل الحق او نسيانهم من اندر ما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك
النصف الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف
العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب لانه له ولانه الحفظ عليه
كما للاب ذلك وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظ على الصغير
دون التصرف فيه ووصيته فانه متعاهد فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول
ابي حنيفة فيه اظهر بمعنى انه مضمون عليه ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك

ابعد من التوى وانما لا يوخذ الكفيل منه لان فيها السا خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشابها
واذا احضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامهم فيما عليه دينا كان او عينا
فيقوم مقام بقية الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفا فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح
نايبا لهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه فيما يثبته عن
الميت فيما له وعليه فيكون نايبا لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضا على جميع الورثة
اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين
لا تتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا فيما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت
دينا حيث ينتصب فيه خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت عين الكل مطلقا

قال ومن قال مالي او ما املك في المساكين صدقة فهو على مال الزكوة ولو اوصى
بثلث ماله فهو على كل شي والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه
الله لان اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل **وجه الاستحسان** ان
ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بايجاب الله منصرف الى البعض
كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق وقوله خذ من اموالهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف
الوصية لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان العادة ان الانسان يلتزم
الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكوة حال حيوته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما يجب
فيه الزكوة وهو السوايم والنقدان وعروض التجارة وسوا بلغت نصابا او لم تبلغ قدر النصاب
وسوا كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة لا قدرها
ولا شرايطها وتدخل فيه الاراضي العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة
الا ترى ان مصرفه مصارف الزكوة كانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها
سبب المونة ولهذا تجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة
المونة راجحة عنده وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع محمد قال ذكره التمرتاشي رحمه الله ولا تدخل
الارض الخراجية لانها تمحضت مونة ولا تدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل

وثياب البدن وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكوة لما ذكرنا وقال مشايخنا من
قال في قوله ما املك او جميع ما ملك في المساكين صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا
واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال
الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المتعة والمال
لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بان قال
كل ما املكه ما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون
النص الوارد في احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان
عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما يجب فيه الزكوة ثم اذا
لم يكن له سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيا بعد ذلك تصدق
بمثل ما امسك لان حاجته متقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته ليتكفف الناس من ساعته وليس من
الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك
يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم
يوم وبعضهم كل ثلثة ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة واهل الزرع يتجدد لهم
في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرونها
فيمسك اهل كل صنف قدر ما يكفيه الى ما يتجدد له حاصله **قال**

ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيا من التركة قبل
العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف
انه لا يجوز في الوصي ايضا حتى يعلم ان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما في حالة الحياة والاخر
بعد الممات وجه الاول الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف
على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع
الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا واما الوكالة فاثبات ولانه التصرف فيما له وليس
باستخلاف لبقا ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الوكالة كاثبات الولاية باثبات الملك
بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا تفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم

بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف الماذون له فيه لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم

قال ـــــ ومن علم بالوكالة صح تصرفه اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سوآء اخبره بذلك عدل او غير عدل صغير او كبير لانه من المعاملات وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا تشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا تشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا تشترط فيه الا التمييز

قال ـــــ ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد او اثنين غير عدول الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تشترط في المخبر هذه الاشيا الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابي حنيفة ان في هذه الاشيا الزاما من وجه فيشترط فيه احدى شطري الشهادة اما العدد او العدالة بيان الالزام ان الوكيل يلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه شي على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزم من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلوة والسلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط فيه العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق وقبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا

قال ـــــ ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرما واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن العبد في يد البايع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن للمشتري لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي قايم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا

قال ـــــ ورجع المشتري على الغرما لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا او محجورا عليه لان العقد وقع له

قال ـــــ وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق ومات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قايما مقام الميت لا ليكون قايما مقام القاضي فكمن اوصى اليه الميت

قال ـــــ وهو على الغرما اي رجع الوصي على الغرما لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر بعد ذلك للميت مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصي او للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البايع القاضي او امينه لانه قضى بذلك وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه رجع عليه المشتري لما ذكرنا

قال ـــــ ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالقطع او بالرجم فافعله وسعك فعله قيل يكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يؤدي في موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا ناخذ بقوله الان لعاينة

الحجة او يشهد بذلك مع القاضي عدول وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة زماننا
والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبيا عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب
والغلط الا ان كتاب القاضي لضرورة احيا الحقوق ولان الخيانة في مثله فلا تنفع وقال ابو منصور
الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما تقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته
يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل
قد يظن غير الدليل دليلا فان احسن بان يذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا مثلا باقرار او بينة
فياتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في
شرايطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا تقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك
الا ان يعاين الحجة لاحتمال الخطا والخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبا
فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا القول واذا لم يصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين يجب
على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه مسئلة

وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل اخذته
ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله مقرا
انه فعل وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضايه صار معترفا بشهادة الظاهر
للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضا لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا يجب على القا
ضي في ذلك يمين لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضايه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر
القاطع والاخذ بما اقر به القاضي لا يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره
به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك
قبل التقليد او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان
فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الايمة
السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل
حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل مع خصمه
المنازع في الاسناد وحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ما الطاحون وهو لو فعل في هذه الحالة

يجب

يجب عليه الضمان فلا يصدق وفي الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت
الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر
الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال لعبد غيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد فقال المقول له
قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا اذا قال المولى لعبده قد اعتقته اخذت منك غلة
كل شهر خمسة دراهم وانت عبد وقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل
بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان الوكيل
اذا كان المبيع مستهلكا وان كان قايما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما يملك الانشا فيصير مدعيا
وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القايمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك ولو اقر
القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول
في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه
بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا يضمنا
ايضا كالقاضي قلنا هذه حجة قد عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب
الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا في قضا القاضي
في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي
كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضا حذار الضمان بعد
العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الاخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال
صدق القاضي في انه فعله في قضايه او ادعى انه فعله في غير قضايه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت
له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسئلة الغلة على ما بينا
ومن نظاير هذه المسايل ما قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم
ذلك كان القول قول الوصي لانه اسنده الى حالة منافية للضمان واورد في النهاية على المسايل
المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت قطعتها وانا حرة
كان القول قولها وكذا في كل شي اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده
الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التملك

لنفسه فيصدق فى اقراره ولا يصدق فى دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك
باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق عند مخلص والله اعلم بالصواب

تم الجزء الثالث بمن الله وكرمه يتلوه الجزء الرابع كتاب الشهادة
والحمد لله على نعمه وصلى الله على سيدنا محمد
واله وصحبه وسلم